

Die Vor-GmbH im deutschen und chinesischen Recht

Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris

(Dr. iur.)

eingereicht an der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Humboldt-Universität zu Berlin

von Yafei Wang

王亚飞

Präsidentin/Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Sabine Kunst

Dekanin/Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

Prof. Dr. Martin Eifert

Gutachter:

1. Prof. Dr. Thomas Raiser
2. Prof. Dr. Knut Benjamin Pißler

Tag der mündlichen Prüfung 19. 02. 2018

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Die Problematik der Vor-GmbH	3
1. Rechtsprämisse: Vor-GmbH als ungeregelter Gegenstand	3
1.1 Das Zustandekommen der GmbH	3
1.1.1 Deutschlands § 11 GmbHG	3
1.1.2 Chinas § 7 Gesellschaftsgesetz	3
1.2 Unversehrtheit des Anfangskapitals als Rechtsprämisse	4
1.2.1 Eintragung als maßgeblicher Zeitpunkt im deutschen Recht	4
1.2.2 Angabe der übernommenen Einlagen im chinesischen Recht	5
2. Gründe für den vorzeitigen Auftritt der GmbH	7
2.1 Die den Gründungsvorschriften entsprechenden Gründungsakte	7
2.2 Bewirkung der Sacheinlage vor Anmeldung im deutschen Recht	8
2.3 Vorausgehende Genehmigungsverfahren im chinesischen Recht	8
2.4 Verfolgung wirtschaftlicher Interessen	9
3. Spannung aufgrund von Vorbelastungen	9
C. Entwicklung des Vor-GmbH-Rechts in Deutschland	10
1. Aufwertung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art	10
1.1 Anfänglicher Versuch der Einordnung in den geschlossenen Kanon	10
1.2 Anerkennung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art mit Sonderrecht	11
2. Vom Vorbelastungsverbot mit Handelndenhaftung zur Neukonzeption der Gesellschafterhaftung	12
2.1 Von der Teilidentität mit Genehmigungsmöglichkeit zur Vollidentität	13
2.2 Die Abwertung der Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG	14
2.2.1 Druckfunktion der Handelndenhaftung	15
2.2.2 Sicherungsfunktion der Handelndenhaftung	15
2.3 Die Aufwertung der in Rechtsfortbildung entwickelten Gesellschafterhaftung	17
D. Der Hintergrund des chinesischen Vor-GmbH-Rechts	19

1. Prägung durch die Gründungsvorschriften der AG	20
1.1 Pflichtig zu unterzeichnende Gründervereinbarung bei AG-Gründung	20
1.2 Unbeschränkte Gesellschafterhaftung bei AG-Errichtung	21
2. Anleitende Justizmeinungen einzelner Oberer Volksgerichte	21
E. Das geltende Vor-GmbH-Recht in Deutschland und in China	26
1. Begriffliche Abgrenzung der Vor-GmbH	26
1.1 Mehrstufiges Vorstadium vor Eintragung in Deutschland	26
1.2 Keine Differenzierung des Vorstadiums in China	27
1.3 Vergleichung der Ansätze	30
2. Zusammensetzung des Vor-GmbH-Rechts	34
2.1 Gesellschaftsvertrag erfüllt durch GmbHG in Deutschland	34
2.2 Infrage stehende Rechtswirksamkeit der Gesellschaftssatzung in China	36
2.3 Stellungnahme	37
2.3.1 Vernachlässigte Gesellschaftssatzung in China	37
2.3.2 Paradoxe Haltung des chinesischen Gesetzgebers gegenüber der Vor-GmbH-Körperschaftsverfassung	40
2.3.3 Rezeptionsmöglichkeit des deutschen Ansatzes im chinesischen Vor-GmbH-Recht de lege ferenda	42
2.3.4 Regelungszustand des Vorgründungsstadiums in China	43
2.3.4.1 Heranziehung des Partnerschaftsunternehmensrechts	43
2.3.4.2 Kontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH	46
3. Das Binnenrecht der Vor-GmbH	48
3.1 Die Geschäftsführung und der Umfang ihrer Befugnisse	48
3.1.1 Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Geschäftsführung aufgrund des Gründungszweckes in Deutschland	48
3.1.2 Geschäftsführung durch den Vorstand ohne Zweckbeschränkung in China	49
3.2 Beschlüsse der Gesellschafter	52
3.2.1 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in Deutschland	52
3.2.2 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in China	54
3.3 Zurechnung des aufgebrachtten sowie erworbenen Vermögens	57
3.3.1 Gesamthandsvermögen in Deutschland	57
3.3.2 Unternehmen als Träger des Vermögens in China	57

3.4 Auflösung der Vor-GmbH.....	60
3.4.1 Auflösung der Vor-GmbH in Deutschland.....	60
3.4.2 Auflösung der Vor-GmbH in China.....	61
3.5 Liquidation der Vor-GmbH.....	63
3.5.1 Liquidation der Vor-GmbH in Deutschland.....	63
3.5.2 Liquidation der Vor-GmbH in China.....	63
4. Außenbeziehungen der Vor-GmbH.....	64
4.1 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in Deutschland.....	64
4.1.1 Von der deutschen Rechtsprechung anerkannte Rechtsfähigkeiten	64
4.1.2 Problematik der Rechtssubjektivität in Deutschland.....	65
4.1.3 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in China.....	66
4.1.3.1 Unternehmenstragende Vor-GmbH als Organisation anderer	
Art.....	66
4.1.3.2 Rechtsfähigkeit der Organisation anderer Art.....	67
4.1.3.2.1 Die Eigenschaft als juristische Person im zivilen Recht..	67
4.1.3.2.2 Die juristische Person im Vergleich zur Rechtsfigur der	
"Organisation anderer Art"	69
4.1.3.2.3 Sonderregelungen der juristischen Unternehmensperson	
als Subkategorie.....	71
4.1.3.2.4 Vereinbarkeit mit dem neuen ATZ.....	72
4.1.3.3 Zusammenfassung.....	74
4.2 Vertretungsmacht und ihr Umfang.....	76
4.2.1 Anwendbarkeit des § 37 II GmbHG in Deutschland.....	76
4.2.2 Vertretung der Vor-GmbH durch den gesetzlichen Repräsentanten in	
China.....	78
4.2.2.1 Vorverlegung der Stellvertretung durch den gesetzlichen	
Repräsentanten.....	78
4.2.2.2 Unbeschränkte Vertretungsmacht.....	79
4.2.2.3 Problematik des Zurechnungsmechanismus im BeoVAGe III..	80
5. Haftung der Vor-GmbH und der Gesellschafter.....	82
5.1 Haftung der Vor-GmbH.....	82
5.1.1 Haftung der Vor-GmbH in Deutschland.....	82
5.1.2 Haftung der Vor-GmbH in China.....	82
5.2 Haftung der Gesellschafter.....	83
5.2.1 Verlustdeckungshaftung vor Eintragung der Gesellschaft in	
Deutschland.....	83
5.2.1.1 Umfang der Verlustdeckungshaftung.....	83
5.2.1.2 Geltendmachung der Verlustdeckungshaftung.....	84

5.2.1.3 Verlustdeckungshaftung als Innenhaftung mit Ausnahmen	85
5.2.1.4 Problematik der Innenhaftung	88
5.2.1.5 Ausfallhaftung	90
5.2.2 Gründerhaftung als besonders auszugestaltende Außenhaftung in China	90
5.2.2.1 Gründerhaftung bei gescheiterter GmbH-Errichtung	90
5.2.2.1.1 Umfang der Gründerhaftung	90
5.2.2.1.2 Die Gründerhaftung als Außenhaftung	91
5.2.2.2 Fortbildung der Gründerhaftung im Gründungsstadium	92
5.2.2.2.1 Unbeschränkte Gründerhaftung vor Registrierung	92
5.2.2.2.2 Nachrangige Außenhaftung der Gründer	92
5.2.2.2.3 Unmittelbare Außenhaftung der Gründer als Ausnahme	95
5.2.2.2.4 Keine Ausfallhaftung	95
5.3 Unechte Vor-GmbH	96
5.3.1 Unechte Vor-GmbH in Deutschland	96
5.3.2 Rezeption der Rechtsfigur der unechten Vor-GmbH im chinesischen Recht	98
6. Übergang der Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die GmbH	100
6.1 Völliger Übergang mit Vorbelastungshaftung in Deutschland	100
6.1.1 Völliger Übergang ohne Übertragungsakt	100
6.1.2 Vorbelastungshaftung	101
6.1.2.1 Feststellung der Unterbilanz	102
6.1.2.2 Verjährung der Ansprüche und Beseitigung der Unterbilanz	103
6.1.2.3 Verhältnis zur Differenzhaftung des Sacheinlegers gemäß § 9 GmbHG	104
6.1.2.4 Unterbilanz als Eintragungshindernis	104
6.2 Völliger Übergang in China	105
6.2.1 Völliger Übergang ohne Übertragungsakt	105
6.2.2 Rezeption der Vorbelastungshaftung im chinesischen Recht	106
6.2.2.1 Vorbelastungshaftung als gesamtschuldnerische Innenhaftung	106
6.2.2.2 Unterbilanz ist kein Registrierungshindernis	108
7. Die Handelndenhaftung	108
7.1 Die Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG in Deutschland	108
7.1.1 Abgrenzung der Handelnden	110
7.1.2 Abgrenzung der Verpflichtungen	111
7.1.3 Regressansprüche gegen die Vor-GmbH	112
7.2 Die Handelndenhaftung der Gründer gemäß §§ 2, 3 BoeVAGe III in China	113

F. Zusammenfassung der Ergebnisse..... 114

1. Zurechnungsfrage.....	114
2. Haftungsfrage.....	115
3. Rechtsnatur der Vor-GmbH.....	116

Literaturverzeichnis..... 117

I. Chinesische Literatur:.....	117
II. Deutsche Literatur.....	123
III. Abkürzungsverzeichnis.....	128

Die Vor-GmbH im deutschen und chinesischen Recht

A. Einleitung

Für die Möglichkeit einer Rechtsvergleichung des Vor-GmbH-Rechts in Deutschland und China, wie sie hier vorgelegt wird, sprechen drei grundlegende Feststellungen, die die Basis unserer Untersuchung bilden. Erstens, das Gründungsstadium, während dessen die im Mittelpunkt der Schrift stehende Vor-GmbH besteht, stellt in beiden Ländern eine notwendige Vorstufe dar, weil eine GmbH „der Natur der Sache und der Art der gesetzlichen Regelung “ nach „nicht uno actu als fertiges Organisationsgebilde “ zustande kommt, sondern ihre Gründung sich „in mehreren Akten vollzieht, die zeitlich auseinanderfallen. “¹ Zweitens, für die fragliche Vor-GmbH fehlen vollständige Regelungen. Deshalb scheint es hinsichtlich der aufgetretenen Rechtsfragen eine unumgängliche Aufgabe, dieses Stadium sowie das in dieser Zeit entstandene Rechtsgebilde juristisch zu deuten. Und drittens hat es der Gesetzgeber sowohl in Deutschland als auch in China vor allem der Rechtsprechung² und der Wissenschaft überlassen, eine Lösung zu finden.

Anders als in Deutschland, wo es sich um einen von der Wissenschaft eingeleiteten und in der Folge von der Rechtsprechung vorangetriebenen Entwicklungsprozess³ handelt, wurden in China in den Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III 2010 fünf Klauseln festgelegt, die die Vorgesellschaft nicht nur einer GmbH sondern auch einer AG undifferenziert regeln. Im neu erlassenen Allgemeinen Teil des Zivilrechts 2017 wird der Grundgedanke dieser Klauseln weiter zu einer allgemeinen Vorschrift auf alle Vorgesellschaften einer juristischen Person (§ 75) ausgedehnt. Während in China in der Form der Klauseln der Anschein des Ausgereiften besteht, ist es unbestreitbar, dass in Deutschland das durch Richterrecht unaufhörlich

¹ Flume, FS Gessler, 1970, S. 3.

² Für das deutsche Recht ausdrücklich in der Begründung des Regierungsentwurfs zum GmbHG von 1971, BTDr 8 /3088, 96.

³ MüKoGmbHG/Merk, § 11 Rn. 3.

fortzubildende Vor-GmbH-Recht der Rechtslage eher gerecht wird und sich vollständiger entwickelt hat. Eine Rechtsvergleichung ist deshalb nützlich, um das chinesische Recht kritisch zu überprüfen und um Vorschläge für seine Verbesserung zu machen.

In unserer Diskussion klammern wir die Problematik der Vor-GmbH bei rein wirtschaftlicher Neugründung und Einpersonen-GmbH aus, um die Vergleichung nicht unnötig komplex werden zu lassen.

B. Die Problematik der Vor-GmbH

1. Rechtsprämisse: Vor-GmbH als ungeregelter Gegenstand

1.1 Das Zustandekommen der GmbH

1.1.1 Deutschlands § 11 GmbHG

Der auf die aktienrechtliche Regelung des Art. 211 ADHGB zurückgehende⁴ § 11 GmbHG ist die einzige Vorschrift im deutschen Recht, die in sehr knapper Form die Rechtsverhältnisse der Vor-GmbH regelt. Im 2. Absatz wird die persönliche Haftung der Handelnden für bereits im Namen der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen angeordnet, weil gemäß Abs. 1 die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor ihrer Eintragung in das Handelsregister als solche noch nicht besteht. Der Gesetzgeber wollte durch diese als Strafsanktion⁵ wirkende Norm das vorzeitige Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr verhindern⁶ und die vorzeitige Geschäftsaufnahme von vornherein vermeiden, statt die damit verbundenen Probleme zu regeln⁷.

1.1.2 Chinas § 7 Gesellschaftsgesetz

Im chinesischen Gesellschaftsgesetz spielt § 7 eine ähnliche Rolle. Dort heißt es, dass das Ausgabedatum des Gesellschaftsgewerbescheins, der der errichteten Gesellschaft von der Gesellschaftsregisterbehörde erteilt wird, das Datum ist, an dem die Gesellschaft⁸ zustande gekommen ist. Anders als § 11 GmbHG betrifft diese Vorschrift inhaltlich nur die Entstehung einer GmbH, nicht die davor bestehende Rechtslage. Allerdings existiert doch, in der vom Staatsrat der Volksrepublik China verabschiedeten Verordnung über Gesellschaftsregistrierung⁹, ein klares Verbot, vor der Eintragung namens der Gesellschaft Handelsgewerbe zu

⁴ MüKoGmbHG/Merk, Rn. 113; Riedel, BB 1974, 1459.

⁵ Raiser/Veil, § 35 Rn. 96; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 115; Riedel, BB 1974, 1459.

⁶ Raiser/Veil, Rn. 96; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 114; Rittner, S. 111 ff., 365; Schmidt, 1972, S. 328 ff.; Ulmer/Habersack, § 11 Rn. 122.

⁷ MüKoGmbHG/Merk, Rn. 114; BGHZ 80, 129, 134; Bergmann, 563, 564.

⁸ Im Sprachgebrauch des chinesischen Rechts ist mit dem Begriff „Gesellschaft“ in allen Fällen entweder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Aktiengesellschaft gemeint. Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird der Begriff „zivile Partnerschaft“ verwendet.

⁹ Verordnung über Gesellschaftsregistrierung, ausgefertigt im 1994, letztlich geändert im 2014.

betreiben (§ 3 II VGeRe). Ungeachtet einer fehlenden Haftungsregelung darf man annehmen, dass jedenfalls „alle anderen Gründungsgeschäfte vorgenommen werden dürfen“.¹⁰

1.2 Unversehrtheit des Anfangskapitals als Rechtsprämisse

Die GmbHs sind in beiden Ländern vom Kapitalgesellschaftsrecht geregelt. Ein gemeinsamer Kerngedanke dieses Rechts ist, dass die juristische Person mit Kapital in bestimmter Höhe als der unerlässlichen Betriebsgrundlage und Haftungsgrundlage ausgestattet werden muss, weil sie den Gläubigern gegenüber nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftet (§ 13 II GmbHG; § 3 II, S. 1 GeG). Als wichtige Schutzvorkehrung gilt der Grundsatz der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung. Hinsichtlich der dazu dienenden Bestimmungen liegt der Unterschied, für die Rechtsvergleichung, vor allem in der Regelung des Stammkapitals. Eine GmbH darf nach deutschem Recht erst mit einem gebildeten Anfangskapital, nämlich mit der Mindesteinzahlung eines das Mindestkapital übersteigenden Stammkapitals gemäß §§ 7 GmbHG ins Leben treten, während im chinesischen Recht die Übernahme der Einlagen der Gesellschafter genügt (§ 26 GeG) und keine Mindesthöhe festgeschrieben ist. Diese Feststellung ist zwar wichtig, für unseren Zusammenhang aber nur von beschränkter Bedeutung. Die eigentliche Verschiedenheit, auf die es ankommt, besteht in dem Unversehrtheitsgrundsatz. Dieser gehört auch zu den Rechtsprämissen, die bei der Ausgestaltung des deutschen Vor-GmbH-Rechts eine wichtige Rolle spielen.

1.2.1 Eintragung als maßgeblicher Zeitpunkt im deutschen Recht

Im deutschen Recht muss die GmbH wenigstens im Zeitpunkt ihrer Eintragung, in dem sie gemäß § 11 I „als solche“ entsteht, über das vom GmbHG geregelte Anfangskapital „unversehrt“ verfügen¹¹. Dieser Grundsatz kommt namentlich in den zwingenden Vorschriften der §§ 19 und 21 ff GmbHG zum Ausdruck. Eine Sondererklärung verdienen jedoch die §§ 7 ff. GmbHG, die die

¹⁰ 冯果 (Feng, Guo), 第 72 页; 邓峰 (Deng, Feng), 第 249 页; 浙江省高级人民法院民事审判第二庭 (Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang), 第 11 页。

¹¹ Ulmer/Habersack, Rn. 98; Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 134; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 155.

Anmeldungsbestimmungen, Haftungsbestimmungen und Kontrollbestimmungen enthalten. Für diese ist der Zeitpunkt der Anmeldung maßgebend (§§ 7 II, III, 8 II GmbHG). Das kann zu einem Missverständnis hinsichtlich des Zeitpunkts führen, in dem die Unversehrtheit des Anfangskapitals zu gewährleisten ist. Für den Fall, dass der Wert einer Sacheinlage bis zur Eintragung unter den in der Satzung angegebenen Betrag gesunken ist, wird ein Gericht, dem dies bekannt wird, nach der Gesetzesbegründung¹² die Eintragung ablehnen. Nicht anders verhält es sich bei Bareinlagen. Ein Gesellschafter wird „von seiner Einlageverpflichtung nur insoweit frei, als diese Zahlungen der Gesellschaft noch im Zeitpunkt der Eintragung unverbraucht zur Verfügung stehen¹³“, wenn er über den im Gesetz (§ 7 II GmbHG) oder in der Satzung vorgeschriebenen Betrag hinaus im Gründungsstadium ins Gesellschaftsvermögen leistet. Der Zeitpunkt der Eintragung hat sich bisher als der für die unversehrt bleibenden Einlagen geltende bewährt.

1.2.2 Angabe der übernommenen Einlagen im chinesischen Recht

Nach dem 2013 novellierten chinesischen Gesellschaftsgesetz ist es den Gesellschaftern überlassen, den Zeitpunkt für die Bewirkung der Einlagen in der Satzung zu vereinbaren (§ 28 GeG). Zur Registrierung bei der Gesellschaftsregisterbehörde braucht nur der Betrag der Einlagen, die von der Gesamtheit der Gesellschafter übernommen worden sind, angegeben zu werden (§ 26 GeG). Zur Sicherung der Kapitalaufbringung im Gläubigerinteresse wurde stattdessen ein elektronisches Informations- und Kommunikationssystem gegründet, das öffentlich zugänglich ist. In der 2014 vom Staatsrat verabschiedeten „Vorläufigen Durchgeführten Verordnung über Bekanntmachung der Unternehmensinformationen“ wird es vorgeschrieben, dass das Unternehmen¹⁴ im Zeitraum zwischen dem 1. Januar und 30. Juni eines Jahres den Jahresbericht

¹² Begründung zu § 9 I GmbHG, BTDr 8/1347 S 35.

¹³ BGHZ 37, 75; BGHZ 51, 157, 159f.

¹⁴ Das Wort „Unternehmen“ benützt das chinesische Recht an vielen Stellen des gesamten Gesetzessystems. Eine Definition dazu findet man im § 2 des Gesetzes der volkseigenen Industrieunternehmen. Danach sind volkseigene Industrieunternehmen sozialistische, Waren produzierende und vertreibende Einheiten. Daraus ist zu entnehmen, dass dieser Begriff inhaltlich immer noch in erster Linie wirtschaftliche hat. Dazu siehe: 贾桂茹 (Jia, Guiru)、杨丽 (Yang, Li)、薛荣革 (Xue, Rongge), 第 37 页。

des letzten Jahres auf das sogenannte *National Enterprise Credit Information Publicity System* hochladen muss (§ 8 I). Zu den pflichtig bekanntzumachenden Informationen der als GmbH oder AG betriebenen Unternehmen gehören der Betrag, der Zeitpunkt sowie die Form der von Gesellschaftern übernommenen und bewirkten Einlagen (§ 9 IV). Wenn neue Informationen dazu entstehen, müssen diese von dem Unternehmen selbst innerhalb von 20 Werktagen in diesem Online-System aktualisiert werden (§ 10 I). Eine Kontrolle durch die zuständige Behörde wird aufgrund eines bestimmten Zufallsverfahrens durchgeführt (§ 14 I), und das Ergebnis wird ebenfalls in diesem System veröffentlicht (§ 14 III). Da das Vorstadium der GmbH nicht von dieser Verordnung geregelt wird, ist eine öffentliche Bekanntmachung in diesem Zeitraum nicht zu erwarten.

Bedeutsam ist die Frage, ob es einen Unversehrtheitsgrundsatz hinsichtlich des Anfangskapitals im chinesischen Recht gibt. Als Anhaltspunkte findet man im Gesellschaftsgesetz zunächst die Bestimmungen §§ 28, 30, 33, 35 ff. zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ebeno wie dieser Grundsatz aus den parallelen Bestimmungen im deutschen GmbHG herzuleiten ist¹⁵. Hinzu kommen ergänzend noch die §§ 12, 13 BeoVAGe III. Ein klares Vorbelastungsverbot der vorzeitigen Geschäftsaufnahme spricht die oben erwähnte Verordnung aus (s. 1.1.2). Für ein bis zur GmbH-Entstehung unversehrt bleibendes Anfangskapital könnte noch sprechen, dass der GmbH wegen nicht unwesentlicher Überwertung der Sacheinlage ein Ausgleichsanspruch zusteht, und für seine Geltendmachung der Zeitpunkt der Registrierung, in dem die GmbH entsteht, entscheidend ist (§ 30 GeG)¹⁶. Auf diesen Stichzeitpunkt legt das Oberste Volksgericht auch dadurch Wert, dass es im § 13 III BeoVAGe III eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für den Fehlbetrag der vor Registrierung einzubringenden Einlagen vorsieht, während keine Haftung für das danach zu bewirkende Kapital der GmbH angeordnet wird. Auffallend ist aber, dass der § 35 GeG klar regelt, dass die Gesellschafter ihre Einlagen erst nach dem Zustandekommen der Gesellschaft nicht mehr zurücknehmen dürfen. Der daraus gezogene Umkehrschluss (dass sie sie vor ihrem Zustandekommen noch zurücknehmen dürfen) könnte mit den genannten

¹⁵ Kritik zur Herleitung des Unversehrtheitsgrundsatzes: Kersting, ZHR 175 (2011), 644; Cavin, S. 396 ff.

¹⁶ Dazu siehe die Gesetzesbegründung zum chinesischen Gesellschaftsgesetz: 《公司法释义》编写组 (Kommission zum Erläutern des Gesellschaftsgesetzes), 第 65 页.

Justizbestimmungen von § 13 GeG unvereinbar sein. Als Lösung ist entweder eine Ausdehnung der Geltung dieser Vorschrift auf das Gründungsstadium oder eine engere begriffliche Fassung des „Zurücknehmens“ hinsichtlich der gesetzlichen Anforderungen gemäß §§ 35, 74, 142, 177 GeG möglich.

Nach dem bisher Gesagten lässt sich aus dem Vorbelastungsverbot im Zusammenhang mit den strengeren und speziell auf das Anfangskapital anwendbaren Bestimmungen zur Kapitalaufbringung auf einen mindestens rechtlich geltenden Unversehrtheitsgrundsatz schließen.

2. Gründe für den vorzeitigen Auftritt der GmbH

2.1 Die den Gründungsvorschriften entsprechenden Gründungsakte

Die Gesetze beider Länder verneinen nicht, dass die Gesellschaft schon in der Gründungsphase in gewisser Weise existiert¹⁷. Zum einen wird die „Gesellschaft“ schon immer in den Gründungsvorschriften als Bezugspunkt der Zurechnung verwendet, und zum anderen würde es der Logik ersichtlich zuwiderlaufen, etwas anderes anzunehmen, wenn dasselbe Gesetz bereits ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Handeln der Vor-GmbH verlangt¹⁸, wie in §§ 6, 7, 8, 78 GmbHG¹⁹ und §§ 6, 10, 28 GeG. Es gibt zwar wohl den gemeinsamen Versuch der Gesetzgeber, einen Auftritt der Vor-GmbH, insbesondere nach außen, zu verhindern. Dieser Versuch muss aber scheitern, da dieser Auftritt schon wegen der in den Gründungsvorschriften festgelegten Formbedürfnisse unvermeidlich scheint. Für diese Formbedürfnisse nenne ich als Beispiele die Bestellung des Gesellschaftsorgans und die pflichtige Angabe des Sitzes der Gesellschaft bei Anmeldung. (§§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 1 GmbHG und § 23 Abs. 5 GeG).

¹⁷ Der BGH in II ZR 200/82 beschreibt die Vorgesellschaft als „notwendige Vorstufe zur juristischen Person, als ein besonderes, vom Gesetzgeber vorausgesetztes Rechtsgebilde mit einer eigentümlichen zeitlich und sachlich eng begrenzten Aufgabenstellung“. Siehe auch Baumbach/Hueck/Fastrich, §11 Rn. 1, 4; MüKoGmbHG/ Merkt, Rn. 1.

¹⁸ Raiser/Veil, Rn. 97.

¹⁹ Siehe auch RGZ 58, 55.

Wie erwähnt gibt es in China keine Pflicht zur Mindesteinzahlung, aber wegen des schon während der Gründungsphase unvermeidlichen Aufwandes kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass die Bewirkung der Einlage schon vor der Registrierung der GmbH stattfindet. Die Vor-GmbH muss demnach auch durch ihr Vertretungsorgan die Leistungen der Gesellschafter auf die übernommenen Einlagen entgegennehmen (§§ 7 II, III GmbHG; § 28 I GeG).

2.2 Bewirkung der Sacheinlage vor Anmeldung im deutschen Recht

Besonders zu beachten ist der Sachgründungsfall in Deutschland, in dem ein Unternehmen als Sacheinlage in die GmbH einzubringen ist. Nach § 7 GmbHG muss die Sacheinlage vor Anmeldung der Gesellschaft bewirkt sein. Weil eine Stilllegung des Unternehmens bis zur Eintragung der Gesellschaft unzumutbar ist, weil vielmehr dessen Fortführung unerlässlich ist, muss die Vor-GmbH schon nach außen auftreten und die Vertretungsmacht des Geschäftsführers insoweit anerkannt werden, um die Bestand und Wert des Einlagegegenstands zu sichern²⁰. Dieser Umstand ist wegweisend für die Entwicklung des Vor-GmbH-Rechts²¹.

2.3 Vorausgehende Genehmigungsverfahren im chinesischen Recht

Im chinesischen Recht besteht keine entsprechende Regelung, die die Gesellschaft zur Übernahme der Sacheinlage vor der Anmeldung verpflichtet. Aber wie für die Aktiengesellschaft in Deutschland kann sich eine solche Verpflichtung bei der Festlegung der Satzung aus deren Bestimmungen ergeben. Bemerkenswert sind noch die vorausgehenden Genehmigungsverfahren für die GmbH-Errichtung. Zum einen geht es um die Prüfung der zu verwendenden Bezeichnung, die später Firma der eingetragenen GmbH wird. Nach §§ 17, 18 VGeRe muss dieses Verfahren vor der Anmeldung bei der Registerbehörde stattfinden, und wenn es erfolgt, behält die Gesellschaft die Rechte daran für die folgenden sechs Monate. Verboten ist es jedoch, unter diesem Namen Handelsgewerbe zu treiben (§ 19 VGeRe). Diese

²⁰ Raiser/Veil, Rn. 108; Schmidt, NJW 1981, 1345; BGHZ 45, 338; BGHZ 51, 30, 32; BGHZ 80, 132.

²¹ Schmidt, NJW 1981, 1345.

Anordnung dient vor allem der Effizienz²². Zum anderen müssen dem Antrag auf Registrierung die eventuellen staatlichen Genehmigungsurkunden (§§ 6 II, 12 II) beigelegt werden (§ 20 VGeRe). In Deutschland wurde eine ähnliche Vorschrift schon ersatzlos gestrichen (§ 8 I Nr. 6 a. F). Ein Grund liegt in den Unzuträglichkeiten, zu denen die Problematik der Vor-GmbH als Genehmigungsträger führte. Deshalb stellt die fehlende Behördenerlaubnis in Deutschland anders als in China kein Eintragungshindernis dar²³.

2.4 Verfolgung wirtschaftlicher Interessen

GmbH ist eine wichtige Form der Handelsgesellschaften, die in beiden Ländern vorzugsweise gewählt wird, wenn Personen gemeinsam als Akteur am Markt teilnehmen wollen. Das belegt schon die große Zahl der jährlichen GmbH-Gründungen. Allerdings besteht der Wille, Gewinne zu erzielen, bereits, wenn die zukünftigen Gesellschafter eine GmbH-Gründung vorhaben, nicht aber erst nach dem Zustandekommen der GmbH, weshalb die Vor-GmbH in Deutschland, im Fall der Bargründung nicht anders als im Sachgründungsfall, ebenfalls als Unternehmensträgerin anerkannt wird²⁴. Für eine solche Anerkennung sprechen auch die in China vom Obersten Volksgericht erlassenen Justizbestimmungen, die einen Schwerpunkt auf die Außenbeziehungen der Vor-GmbH legen und keine Beschränkung von deren Tätigkeiten festsetzen, da ihr Auftritt aus wirtschaftlichem Grund oft vorkommt und insofern auch regelungsbedürftig ist.

3. Spannung aufgrund von Vorbelastungen

Spannungen resultieren vor allem aus dem gesetzlichen Versuch, die werbenden Tätigkeiten der Vor-GmbH zu verhindern, und den Erwägungen ihrer Gesellschafter, wirtschaftliche Interessen vorzeitig zu berücksichtigen ggf. sicherzustellen. Die

²² Eine Auffassung sieht darin auch die Anerkennung der Vorgesellschaft. Dazu siehe: 浙江省高级人民法院民二庭 (Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang) , 第 11 页。

²³ Windbichler, § 21 Rn. 10.

²⁴ Schmidt, NJW 1981, 1345; Scholz/K. Schmidt Rn. 36; Ulmer/Habersack, Rn. 35.

Zentralfrage der Vor-GmbH besteht also darin, wie Wiedemann zu Recht formuliert hat, für wen im Rahmen einer vorzeitigen Geschäftsaufnahme die Leistungen erbracht werden und wer später für sie haften soll²⁵.

Dazu tauchen auch viele andere relevante Fragen auf, die detailliert sind und die Lage kompliziert machen. Im Wesentlichen fragt es sich, „welche Rechtsnatur die noch nicht rechtsfähige Gründerorganisation hat“, und weiter, „wie ihre Teilnahme am Rechtsverkehr juristisch ‚konstruiert‘ werden kann und in welchem rechtlichen Verhältnis sie zur rechtsfähig gewordenen Gesellschaft steht“²⁶.

C. Entwicklung des Vor-GmbH-Rechts in Deutschland

Die deutschen Entscheidungen und Aufsätze zur Vor-GmbH sind zahlreich. Es ist also schwierig, ihren Inhalt auf einige Schlagwörter zu reduzieren, die die Entwicklung dieses Rechtsgebietes charakterisieren, insbesondere in der Phase, in der die Kernfragen noch ungeklärt waren und gerichtliche Lösungen daher hin und her schwankten. Trotzdem ist im allgemeinen eine Tendenz zur Aufwertung der Vor-GmbH festzustellen.

1. Aufwertung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art

1.1 Anfänglicher Versuch der Einordnung in den geschlossenen Kanon

In der Rechtsprechung wurde anfänglich der Versuch unternommen, die Vor-GmbH hinsichtlich ihrer Rechtsnatur in den geschlossenen Kanon einzuordnen. Seit einer Entscheidung im Jahr 1904 hat das Reichsgericht ständig, wie einige Stimmen im Schrifttum²⁷, die These vertreten, dass die „Vereinigung derjenigen Personen, die den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben,“ „eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts“ sei²⁸. Jedoch hat das Reichsgericht, wie Flume²⁹ richtig

²⁵ Wiedemann, S. 439.

²⁶ Raiser/Veil, Rn. 99.

²⁷ M. Scholz, 3149; Gottschling, 152.

²⁸ RG 58, 56. In RGZ 143, 372 wird diese ständig vertretene These wiederholt.

bemerkt, diese Formel mit dem Inhalt der fraglichen juristischen Person, in unserem Fall der GmbH erfüllt. Anders als diese Ansicht gehen manche Stimmen davon aus, die Vor-GmbH als einen nichtrechtsfähigen Verein zu behandeln³⁰. Schließlich gibt es noch die Auffassung, wonach sie als Vereinigung besonderer Art anzusehen sei, die sich der eingetragenen GmbH annähre³¹.

1.2 Anerkennung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art mit Sonderrecht

Ein grundlegender Wandel, der sich an die letztgenannte Ansicht anschließt, vollzieht sich beim Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHZ 21, 242³². Es heißt dort der Leitsatz: „Die im Werden begriffene GmbH ist keine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, sondern eine Organisation, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen Gesellschaft, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht.“ Diese Formel³³ ist als ein neuer Ansatz bedeutsam, weil damit die Vor-GmbH von den Einschränkungen der auf Dauer angelegten gesetzlichen Gesellschaftsformen befreit wird, und sich nunmehr ein Sonderrecht ausbilden lässt³⁴. Danach ist also jede einzelne Vorschrift des GmbHG mit Ausnahme der §§ 1-11 zu prüfen, ob ihre Anwendbarkeit auf die Vor-GmbH die Eintragung der Gesellschaft voraussetzt³⁵.

²⁹ Flume, 1970, S. 17; RGZ 82, 288 ff.

³⁰ Bayer, 551; Haberkorn, 1411; Beuthien, WM 2013, 1485, 1487.

³¹ Schreiber, S. 36, 56 f., 65; Ehrenberg/Feine, 199 ff..

³² Diese These wird zuerst in der Entscheidung BGHZ 20, 281 für die Genossenschaft vertreten und in diesem Urteil wiederholt.

³³ Später in der Entscheidung BGHZ 45, 338 hat der Zweite Senat wieder von der Organisation gesprochen, dass „sie mehr ist als eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft“.

³⁴ Raiser/Veil, Rn. 100.

³⁵ Raiser/Veil, Rn. 100.

2. Vom Vorbelastungsverbot mit Handelndenhaftung zur Neukonzeption der Gesellschafterhaftung

Wie schon erwähnt, gilt der Unversehrtheitsgrundsatz schon immer als eine Rechtsprämisse, deren Durchsetzung der gegründeten GmbH ein Anfangskapital als unerlässliche Betriebs- und Haftungsgrundlage sichert. Früher versuchte die Rechtsprechung dem durch das Vorbelastungsverbot Rechnung zu tragen,³⁶ wonach die Vor-GmbH im Zeitpunkt der Eintragung nur mit Verbindlichkeiten aus gründungsnotwendigen Geschäften belastet werden soll. Jedoch erwies sich dieses Verbot im Laufe der Zeit als ein ungeeignetes und unangemessenes Mittel. In der Folge wurde es vom BGH in einer Grundsatzentscheidung³⁷ ausdrücklich aufgegeben, und durch die Neukonzeption der Vorbelastungshaftung ersetzt. Der sogenannte Unversehrtheitsgrundsatz im Augenblick der Eintragung blieb unberührt³⁸.

Von der Aufgabe des Verbots wurde vor allem die seit der Reichsgerichtszeit vertretene Teilidentität zwischen der Vor-GmbH und der eingetragenen GmbH unmittelbar betroffen, weil mit seiner Aufhebung der Weg für einen Übergang der Rechte und Pflichten aus Geschäften, die über die gründungsnotwendigen Geschäfte hinaus gehen, geebnet war³⁹. Mittelbar wurden noch die weitergehende Abwertung der Handelndenhaftung gemäß § 11 II und die Modifizierung der Gesellschafterhaftung bis zur Eintragung ausgelöst.

³⁶ RGZ 58, 55, 56; RGZ 83, 370, 373; RGZ 105, 228, 229; RGZ 134, 121, 122; RGZ 141, 204, 209; RGZ 143, 368, 372; RGZ 149, 293, 303; RGZ 151, 86, 91; BGHZ 17, 385, 391; BGHZ 53, 210, 212; (Hinweis aus MünKoGmbHG/Merkt)

³⁷ BGHZ 80, 129;

³⁸ Scholz/K. Schmidt, Rn. 134; MünKoGmbHG/Merkt, Rn. 57, 155; Henssler/Strohn/Schäfer, § 11 Rn. 30.

³⁹ MünKoGmbHG/Merkt, Rn. 148.

2.1 Von der Teilidentität mit Genehmigungsmöglichkeit zur Vollidentität

Dem Reichsgericht scheint die Anerkennung der Identität zwischen beiden Rechtsgebilden selbstverständlich, wenn es im RGZ 58, 55 die Gründerorganisation als Gesellschaft bürgerlichen Rechts juristisch begreift und anschließend ergänzt, dass diese „durch Eintragung in das Handelsregister eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden soll⁴⁰ “. Die Begründung dazu findet man in der Entscheidung im Jahr 1913: es handele sich „nicht um verschiedene Vereinigungen, sondern um dieselbe Vergesellschaftung in verschiedenen Entwicklungsabschnitten, die nur in Bezug auf die noch nicht vorhandene, durch die Eintragung bedingte Rechtsfähigkeit voneinander verschieden sind. “

Aber hinsichtlich des Vorbelastungsverbots war ein reibungsloser Übergang, wie in einer späteren Entscheidung⁴¹ gezeigt worden war, auf die Rechtsakte beschränkt, die zur Vollendung der Eintragung notwendig waren, weil ansonsten der § 11 GmbHG zwecklos gewesen wäre. Um diesen Übergang zu begründen, führte das Reichsgericht den Gründungszweck dieser Gründerorganisation an. Aus seiner Sicht war diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts „zu dem Zweck, und zwar lediglich dazu begründet“, „die in Aussicht genommene Gesellschaft mbH zur Entstehung zu bringen“. Deshalb konnten nur die aus gründungsnotwendigen Rechtsgeschäften entstehenden Rechte und Pflichten „über die Auflösung dieser Gesellschaft, die mit der Erreichung ihres Zweckes, der Eintragung der Gesellschaft mbH eintritt, hinausgehen und auch die Gesellschaft mbH berechtigen und verpflichten“⁴². Diese Formel war auf die Fälle, in denen auch andere Rechtsakte vorgenommen wurden, verallgemeinert. Nach dieser These berechtigten und verpflichteten solche nicht übergegangene Rechtsverhältnisse dann nur die Gründerorganisation. Immerhin durfte dies die GmbH auch gemäß §§ 177 BGB

⁴⁰ RGZ 58, 55 ff. Diese Identität wird in RGZ 143, 372 auch betont.

⁴¹ RGZ 83, 373.

⁴² RGZ 83, 373.

genehmigen⁴³, und die Genehmigung hatte rückwirkende Kraft für die Zeit vor der Existenz der GmbH⁴⁴.

Diese Genehmigungsmöglichkeit spricht vor allem für die Aufhebung des Vorbelastungsverbots und die Notwendigkeit der Einführung einer Vorbelastungshaftung, derzufolge die Gründer unbeschränkt für die Differenz zum Zeitpunkt der Eintragung haften. Denn in der Praxis gefährdeten die genehmigten Geschäfte den durch das Vorbelastungsverbot erstrebten Unversehrtheitsgrundsatz⁴⁵. Als unsachgerecht erwies sich insbesondere die teils aus dem Vorbelastungsverbot hergeleitete Teilidentität, wenn die nicht gründungsnotwendigen Geschäfte sogar Gewinn brachten. Zudem bereitete die Abgrenzung zwischen gründungsnotwendigen und anderen Rechtsgeschäften nach der Konzeption des Vorbelastungsverbots auch Schwierigkeiten⁴⁶.

2.2 Die Abwertung der Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG

Die Handelndenhaftung gemäß 11 II GmbHG spielte eine wichtige Rolle in der Rechtsprechung. Sie erfüllte einerseits die bestrafungsfunktion, die von dem Konzessionssystem geprägt war und mit Aufgabe des Vorbelastungsverbots überholt ist⁴⁷, und andererseits die Sicherungsfunktion, die mit der Vervollständigung der Gesellschafterhaftung vielfach abgeschwächt⁴⁸ oder sogar von manchen Autoren völlig abgelehnt wird⁴⁹.

⁴³ RGZ 105, 230; RGZ 134, 122.

⁴⁴ RGZ 134, 121.

⁴⁵ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 56.

⁴⁶ Dilcher, 92.

⁴⁷ Baumbach/Hueck, Rn. 45.

⁴⁸ Ulmer/Habersack/, Rn. 124; Scholz/K. Schmidt, Rn. 102; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 117; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45.

⁴⁹ Weimar, 289, 298.

2.2.1 Druckfunktion der Handelndenhaftung

Der strafrechtliche⁵⁰ und polizeirechtliche⁵¹ Charakter der Handelndenhaftung (die Bestrafungsfunktion) hat sich nach dem Wechsel zum System der Normativbestimmungen erübrigt⁵². Zudem ist es unrealistisch, die Geschäftstätigkeit im Gründungsstadium völlig zu unterbinden, weil dies den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht entspricht⁵³. Allerdings wurde und wird heute der Handelndenhaftung daneben noch eine Druckfunktion beigemessen, nämlich Druck auszuüben, dass die Gesellschaftsorgane zu einer beschleunigten Durchführung des Eintragsverfahrens bewegt werden⁵⁴. Freilich ist diese Funktion auch beschränkt⁵⁵, weil die Sache der Eintragung regelmäßig mehr von der Arbeitsbelastung der Registergerichte und der Art des eingebrachten Stammkapitals abhängt. Für die Gesellschafter geht es nur um Stellung des Eintragungsantrages und die Reaktion auf Zwischenverfügungen⁵⁶.

2.2.2 Sicherungsfunktion der Handelndenhaftung

Anfangs hatte die Handelndenhaftung eine praktisch wichtige Bedeutung in ihrer Sicherungsfunktion. Da die Vor-GmbH lange Zeit nicht als Rechtsträger anerkannt wurde, konnte sie wegen des Vorbelastungsverbots nicht für die fraglichen Verbindlichkeiten haften⁵⁷. Also mussten zumindest die Handelnden den Gläubigern als Schuldner zur Verfügung stehen⁵⁸. Dieser Funktion entsprach auch

⁵⁰ RGZ 55, 302, 304.

⁵¹ RGZ 122, 172, 174.

⁵² MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 114.

⁵³ RGZ 159, 33, 43.

⁵⁴ MHDB GesR III/Gummert, § 16 Rn. 94; Scholz/K. Schmidt, Rn. 103; Bork/Schäfer/Schroeter, § 11 Rn. 85; Henssler/Strohn/Schäfer, §11 Rn. 48 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 119; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45.

⁵⁵ Ulmer/Habersack, Rn. 124; Fleck, GmbHR 1983, 5, 13 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 119; Meyer, 1176, 1183.

⁵⁶ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 119.

⁵⁷ RGZ 55, 302, 303 f.; RGZ 70, 296, 298.

⁵⁸ BGHZ 47, 25, 29 f.; BGHZ 53, 210, 214; BGHZ 65, 378, 380 f.; BGHZ 66, 359, 360; BGHZ 69, 95, 103; BGHZ 76, 320, 323. (Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt)

die früher anerkannte weite Auslegung sämtlicher Gründer als Handelnde⁵⁹. Sicher war diese Funktion jedoch nur als Schutz gegenüber Dritten ausgestaltet, nicht aber gegenüber den Gesellschaftern, selbst wenn ihnen als Drittgläubigern eine Forderung zustand⁶⁰.

Diese Sicherungsfunktion verliert ihr Gewicht mit der Preisgabe des Vorbelastungsverbots, weil die Vor-GmbH nun unmittelbar als Schuldnerin mit ihrem Vermögen auftritt. Es bestand also kein Grund mehr, die Vor-GmbH von den Vorbelastungen zu befreien. Aber die Handelndenhaftung hatte sich noch nicht erübrigt, sofern der Begriff des Handelnden als Geschäftsführer oder als wie ein solcher Tätigender eng ausgelegt⁶¹ worden war und die Gründer nur bis zur Höhe der ausbleibenden Einlage beschränkt hafteten. Ansonsten wären die Gläubiger nicht ausreichend befriedigt worden⁶².

Mit dieser Lage begründete der BGH⁶³ eine weitere Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handelndenhaftung auf das Gründungsstadium. Diese greift nämlich vor der Entstehung der Vor-GmbH durch notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages noch nicht ein, weil die Gründer einer streng von der Vor-GmbH unterschiedenen Vorgründungsgesellschaft schon nach den personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen haften. Es ist also nicht nötig, noch eine Handelndenhaftung heranzuziehen. Diese Ansicht ist bis heute einhellig anerkannt⁶⁴, obwohl inzwischen eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung eingeführt und diese Begründung damit hinfällig wurde. Aber für den Ausschluss der Handelndenhaftung im Vorgründungsstadium spricht weiter, dass ihre Anwendung nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob eine GmbH-Gründung zukünftig für einen unbestimmten Zeitpunkt geplant ist oder nicht⁶⁵.

⁵⁹ RGZ 55, 302, 303 f.; RGZ 70, 296, 298; Bergmann, 563, 565.

⁶⁰ BGHZ 76, 320; Wicke, § 11 Rn. 14.

⁶¹ BGHZ 47, 25, 28 f.; BGHZ 65, 378 ff..

⁶² MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 71.

⁶³ BGHZ 91, 148, 150 f..

⁶⁴ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 108; Scholz/K. Schmidt, Rn. 24; Gehrlein, DB 1996, 561; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn.37, 50.

⁶⁵ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 108; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, § 11 Rn. 109.

Noch erheblich weiter abgeschwächt wurde die Sicherungsfunktion der Handelndenhaftung⁶⁶, als der BGH die unbeschränkte Haftung der Gründer anerkannte, so dass die Handelndenhaftung nach herrschender Meinung heute nur noch in den Fällen besteht, in denen die Vor-GmbH mangels Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht verpflichtet wird, während eine Gegenauffassung⁶⁷ sie in diesen Fällen aber aufgrund der Anwendung der §§ 177 BGB ebenfalls für überflüssig hält.

Außerdem kann die Handendenhaftung wohl noch eine Ausgleichsfunktion haben hinsichtlich der im Gründungsstadium fehlenden Registerpublizität der Vor-GmbH⁶⁸. Da, mangels Eintragung im Handelsregister, die Ermittlung der Schuldner und die eventuelle Durchsetzung der Ansprüche gegen die Vor-GmbH sowie deren Gesellschafter erhebliche Schwierigkeiten bereitet⁶⁹, bietet die Handelndenhaftung als Ausgleich einen Schutz der Gläubiger, denn der Handelnde ist jederzeit als Schuldner greifbar⁷⁰.

2.3 Die Aufwertung der in Rechtsfortbildung entwickelten Gesellschafterhaftung

Eine persönliche Haftung der Gründer kommt in Betracht, wenn sie der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben. Aber auf die Frage, ob und inwieweit die Gesellschafter mit eigenem Vermögen haften, bietet das GmbHG keine Antwort an. Nach der herrschenden Meinung bildet der teilweise aus § 13 II gezogene Umkehrschluss, dass die Gesellschafter vor Eintragung persönlich haften, keine

⁶⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45; Ulmer/Habersack, Rn. 124; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 117; Wiecke, Rn. 13.

⁶⁷ Beuthien, GmbHR 1996, 561, 564 f.; Weimar, 289, 297 f.; Meyer, 1185 f..

⁶⁸ Beuthien, ZIP 1996, 305, 312; Beuthien, ZIP 1996, 360, 367; Bergmann, 563, 570; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 120; Meyer, 1183; Raiser/Veil, Rn. 115.

⁶⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 120; W.-H. Roth, 597, 619.; andere Auffassung: Beuthien, GmbHR 2013, 1, 4.

⁷⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 118.

hinreichende Grundlage⁷¹. § 11 II scheidet mit Beschränkung des Handelndebegriffs ebenfalls aus.

Ursprünglich hat der BGH in Anlehnung an die §§ 171 I, 172 IV HGB in ständiger Rechtsprechung eine beschränkte persönliche Außenhaftung der Gründer bis zur Eintragung der GmbH angenommen⁷². Danach haften sie gegenüber den Gläubigern der Vor-GmbH zwar persönlich mit eigenem Privatvermögen, aber nur bis zur Höhe ihrer noch ausbleibenden Einlage. Die Haftungsbeschränkung stützt sich darauf, dass bei Geschäften namens der GmbH oder der Vor-GmbH bereits ein auf die Einlagen beschränkter Haftungsfonds für den Vertragspartner erkennbar ist und auch anzunehmen ist, dass nicht mit einer weitergehenden Haftung der Gesellschafter gerechnet werden kann⁷³. Dieses Konzept ist problematisch, da es Widersprüche in der Wertung enthält und Schwierigkeiten in der dogmatischen Konstruktion bereitet. Zum einen werden die nicht rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt⁷⁴, und zum anderen stimmt das Konzept nach Aufgabe des Vorbelastungsverbots auch nicht mit der unbeschränkten Vorbelastungshaftung der Gesellschafter überein⁷⁵. Die Gründer könnten zudem wegen Verlusten der Vor-GmbH die Eintragung nicht weiter betreiben, und die Gesellschaft rechtzeitig vor dem Entstehen einer unechten Vorgesellschaft mit Folge der beschränkten Haftung liquidieren⁷⁶. Darüber hinaus steht diese beschränkte Haftung auch mit der unbeschränkten Handelndenhaftung der Geschäftsführer gemäß § 11 II nicht in Einklang⁷⁷, obwohl Regressansprüche des

⁷¹ Ulmer/Habersack, Rn. 75; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 70.

⁷² BGHZ 65, 378; BGHZ 72, 45; BGHZ 80, 182; Ulmer/Habersack, Rn. 78; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; Baum/Hueck/Fastrich, Rn. 23.

⁷³ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73.

⁷⁴ Ensthaler, 257; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; W. –H. Roth ZRG 1984, 597, 623; Raiser/Veil, BB 1996, 1346.

⁷⁵ Ensthaler, 258; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73; W. –H. Roth, 622; Kleindiek, 431; Brinkmann, 270; Lieb, 403.

⁷⁶ Meister, 548 ; Flume, NJW 1981, 1753, 1755; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Kleindiek, 431.

⁷⁷ John, 512; Ensthaler, 258; Dauner-Lieb, 86; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Flume, 1978, S. 517, 519 ff.; Kleindiek, 431; Meister, 548.

Geschäftsführers gegenüber den mit der Geschäftsaufnahme einverstandenem Gründern anerkannt werden⁷⁸.

Schließlich hat der BGH in einer Grundsatzentscheidung⁷⁹ von 1997 seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass die Gesellschafter unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH haften. Diese Entscheidung stützt sich auf allgemeine Grundsätze des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts⁸⁰. Danach setzt die Haftungsbeschränkung eine gesonderte Vereinbarung mit den Gläubigern voraus⁸¹.

Mit der vor Eintragung eingreifenden Verlustdeckungshaftung und der ab Eintragung drohenden Vorbelastungshaftung ist nunmehr eine einheitliche Verfassung der Gesellschafterhaftung zustande gekommen⁸², die sich völlig in der Rechtsfortbildung entwickelt hat. Doch stößt das Haftungskonzept, die Gesellschafterhaftung im Gründungsstadium auch als Binnenhaftung auszugestalten, teilweise auf weitere Kritik. Dazu ausführlich später.

D. Der Hintergrund des chinesischen Vor-GmbH-Rechts

In China steht die Problematik der Vor-GmbH in der wissenschaftlichen Literatur immer noch am Rand der Diskussion. Mehr hat die Rechtsprechung, als Vorreiter, auf diese Problematik reagiert⁸³. Allerdings ist noch kein vergleichbares System wie in Deutschland entstanden, das die Entscheidungen, insbesondere die des Obersten Volksgerichts, dokumentiert. Deshalb kann man sich nur anhand der älteren Fassungen von BeoVAGe III sowie anhand anleitender Meinungen einzelner

⁷⁸ BGHZ 86, 122; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23.

⁷⁹ BGHZ 134, 333.

⁸⁰ BGHZ 134, 333, 335; Raiser/Veil, Rn. 113.

⁸¹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 96; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 88; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 93.

⁸² BGHZ 80, 129, 137; Raiser/Veil, Rn. 113.

⁸³ Der Ausdruck „Vor-GmbH“ wurde zum ersten Mal in einem Urteil im Jahr 2005 benutzt: 佛山市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Foshan), 典创公司诉杨耀军、品致公司装饰工程合同纠纷案。

Oberer Volksgerichte der Provinzen⁸⁴ ein allgemeines Bild über die Tendenz machen. In China werden sowohl AG als auch GmbH von demselben Gesellschaftsgesetz geregelt, und das Oberste Volksgericht hat sich hinsichtlich der Problematik der Vorgesellschaft auch diesem gesetzgeberischen Gedanken angeschlossen. Es ist also zum Verständnis des aktuellen chinesischen Vor-GmbH-Rechts nötig, die gegebene Rechtslage im größeren Zusammenhang des AG-Rechts zu untersuchen.

1. Prägung durch die Gründungsvorschriften der AG

1.1 Pflichtig zu unterzeichnende Gründervereinbarung bei AG-Gründung

Die aktuelle Konzeption des für GmbH und AG undifferenziert geltenden Vorgesellschaftsrechts ist überwiegend geprägt von den Gründungsvorschriften der AG. Anders als in Deutschland werden in China hinsichtlich des Stammkapitals seit Ausfertigung des Gesellschaftsgesetzes 1993 zwei unterschiedliche Gründungsarten angeboten, nämlich die Errichtung durch Gründung gemäß § 77 II (Einheitsgründung) und die Errichtung durch Einwerbung gemäß § 77 III (Stufengründung). Im letzteren Fall bestimmen die Gründer, die nur einen Teil (mindestens 35 % nach § 84) der von der Gesellschaft auszugebenden Anteile übernehmen (§ 77 III), zuerst die Gesellschaftssatzung (§ 76). Später muss über diese Satzung noch in der Gründungsversammlung, an der neben den Gründern auch die übrigen Anteile zeichnenden Gesellschafter teilnehmen, abgestimmt werden (§ 76). Aufgrund der Sorge, dass das Gründungsstadium nicht hinreichend geregelt sein könnte, fügte der Gesetzgeber in der Novellierung des Gesellschaftsgesetzes 2005 eine Vorschrift hinzu. Danach müssen die Gründer, die eine AG errichten wollen, eine Gründervereinbarung unterzeichnen. Durch sie werden Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter im Verlauf der Errichtung ausschließlich geregelt (§ 79 II).

⁸⁴ „Anleitende Meinungen der Oberen Volksgerichte “ bedeutet, dass Obere Volksgerichte einzelner Provinzen zu rechtlichen Problemen richtungweisend Stellung nehmen in einer Weise, die innerhalb der jeweiligen Provinz verbindlich ist.

Anders als AG-Errichtung, stellt der Abschluss einer Gründervereinbarung bei GmbH-Errichtung keine gesetzliche Pflicht dar. Diese Verschiedenheit hat das Oberste Volksgericht allerdings in seiner endgültigen Fassung des BeoVAGe III nicht berücksichtigt und damit keinen Unterschied zwischen der Vorgesellschaft einer AG und der einer GmbH gemacht, sondern wohl einfach unterstellt⁸⁵, dass bei GmbH-Errichtung immer auch eine Gründervereinbarung bereits vorhanden ist. Dies rückt die Problematik des Zeitpunkts, in dem eine Vor-GmbH entsteht, in den Vordergrund.

1.2 Unbeschränkte Gesellschafterhaftung bei AG-Errichtung

Die Ausgangslage der in Betracht kommenden Gesellschafterhaftung im Gründungsstadium einer GmbH bestimmt eine für AG-Errichtung gültige Vorschrift, die seit 1993 unverändert geblieben ist. Danach haften die Gründer einer AG als Gesamtschuldner für die zur Errichtung der Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten und Aufwendungen (§ 94 I) sowie für die Rückzahlungen der Anteilsbeträge, die die Zeichner von übrigen Anteilen bereits geleistet haben, und für die Zinsen dazu (§ 94 II), falls die Gesellschaft nicht zustande kommt. Erfolgt die Errichtung, haften sie als Gesamtschuldner der Gesellschaft auf Schadensersatz für eine Schädigung von Gesellschaftsinteressen, welche im Verlauf der Errichtung durch Verschulden von Gründern herbeigeführt wird (§ 94 III). Das Oberste Volksgericht hat diesen Ansatz in seinen Bestimmungen für sowohl die Vor-AG als auch die Vor-GmbH entwickelt und konkretisiert.

2. Anleitende Justizmeinungen einzelner Oberer Volksgerichte

⁸⁵ 奚晓明 (Xi, Xiaoming) , 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen) , 第 33 页; 江必新 (Jiang, Bixin) , 何东宁 (He, Dongning) , 第 6 页; so auch die Literatur: 李晓春 (Li, Xiaochun) , 第 154 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong) , 戴瑛 (Dai, Ying) , 第 70 页; 杨永志 (Yang, Yongzhi) , 第 114 页。

Eigentlich war bereits im Jahr 2003 ein Entwurf⁸⁶ der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes I zur Diskussion veröffentlicht worden. Darin sind Regelungen für die Vorgesellschaft der GmbH und der AG enthalten⁸⁷. Allerdings wurde dieser letztlich nicht verabschiedet, weil immer noch große Meinungsunterschiede bestanden⁸⁸ und das Gesellschaftsgesetz selbst auch anschließend im Jahr 2004 und 2005 zweimal geändert wurde, wobei nur eine neue Vorschrift⁸⁹ entstand, die sich auf das Gründungsstadium bezieht. Unter diesen Umständen hatten Obere Volksgerichte einzelner Provinzen wegen großes Regelungsbedarfs in der Praxis eigene anleitende Meinungen geäußert, die grundsätzlich dem Entwurf von 2003 folgten. Tatsächlich gab es von diesem Entwurf noch eine zweite Fassung⁹⁰ im Jahr 2010, bevor er letztlich in dritter Fassung verabschiedet wurde und im Februar 2011 in Kraft trat. Deshalb lohnt es sich, all dies in vergleichender Perspektive auseinanderzusetzen.

In den Anleitenden Meinungen des Oberen Volksgerichts von Shandong⁹¹ sowie in den beiden Entwürfen des Obersten Volksgerichts⁹² gilt die Grundregel, dass die vor Registrierung der Gesellschaft zwar für deren Rechnung, aber im Namen des Gründers geschlossene Geschäfte die GmbH weder berechtigen noch verpflichten. Ein Übergang auf diese ist nur durch deren ausdrückliche⁹³ oder konkludente⁹⁴ Übernahme möglich. Erfolgt sie, steht dem sie kennenden Gläubiger

⁸⁶ Neben diesem Entwurf wurden auch zwei weitere Entwürfe der Justizbestimmungen, die anderen gesellschaftsrechtlichen Fragen behandeln, vom Obersten Volksgericht angefertigt. Jedoch wurden beide nur innerhalb des Gerichtssystems zur Diskussion veröffentlicht.

⁸⁷ 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定 (一) (草案) (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes I) (Entwurf), §§ 3-6. Im Folgenden wird dieser Entwurf als Entwurf 2003 abgekürzt.

⁸⁸ 吴越, 第 43 页.

⁸⁹ Der oben erwähnte § 79 GeG.

⁹⁰ 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定 (三) (征求意见稿) (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III) (2. Entwurf), 2010 年. Im Folgenden wird dieser Entwurf als Entwurf 2010 abgekürzt.

⁹¹ Das Obere Volksgericht von Shandong, §§ 2, 3.

⁹² Entwurf 2003: §§ 4 I, 5 I; Entwurf 2010: §§ 2 I, 3 I.

⁹³ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 2; Entwurf 2003, § 5 II; Entwurf 2010, § 2 II.

⁹⁴ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 2; Entwurf 2003, § 5 II; Entwurf 2010, § 2 II.

nach den Shandong-Meinungen⁹⁵ ein Wahlrecht zu, entweder gegenüber der Gesellschaft oder dem Gesellschafter den Anspruch geltend zu machen, während im Entwurf 2003⁹⁶ und Entwurf 2010⁹⁷ des Obersten Volksgerichts der tätige Gründer immer noch als Gesamtschuldner mithaften muss. Allerdings stimmen alle Meinungen darin überein, dass Geschäftstätigkeiten, die namens der Vor-GmbH oder GmbH gehandelt werden, mit Registrierung ohne weiteres auf die GmbH übergehen⁹⁸.

Eine andere Konzeption verfolgen die Jiangsu Anleitenden Meinungen⁹⁹. Danach soll von den namens der (Vor-)GmbH vorgenommenen Geschäftstätigkeiten nur der Teil, der zur GmbH-Errichtung entweder gesetzlich oder wirtschaftlich notwendig ist¹⁰⁰, die vollendete GmbH berechtigen und verpflichten¹⁰¹, während die übrigen Geschäfte grundsätzlich nur den Handelnden berechtigen und verpflichten¹⁰². Falls die Geschäftstätigkeiten im Namen des Gründers vorgenommen werden, bedarf der Übergang der daraus entstandenen Rechtsverhältnisse noch der Übernahme durch die GmbH. Der Handelnde ist, in diesem Fall dem Wahlrecht des Vertragspartners nach, auch zur Leistung greifbar. Damit hat das Obere Volksgericht von Jiangsu seine frühere Ansicht¹⁰³ aufgegeben, wonach es bei allen gründungsnotwendigen Geschäftstätigkeiten keines Übergangsakts bedarf, da es, nach der VReGe, verboten sei, vor der

⁹⁵ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 2.

⁹⁶ Entwurf 2003, § 5 II.

⁹⁷ Entwurf 2010, § 2 II.

⁹⁸ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 I; Entwurf 2003, § 4 I; Entwurf 2010, § 3 I.

⁹⁹ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》，（Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II），§§ 34-38.

¹⁰⁰ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》，（Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II），§ 34 II.

¹⁰¹ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》，（Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II），§ 35.

¹⁰² Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》，（Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II），§§ 36, 37.

¹⁰³ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》，（Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II），S. 39.

GmbH-Entstehung in deren Namen ein Handelsgewerbe zu betreiben¹⁰⁴, und es in der Praxis deshalb nicht selten vorkomme, dass die Gesellschafter im eigenen Namen für Rechnung der Gesellschaft handeln. Gesonderte Übergangsakte für solche Rechtsverhältnisse würden dann zu einer ungerechtfertigten Belastung der Gründer bei einer GmbH-Gründung führen¹⁰⁵. Mit dieser Begründung bejahen auch die Schanghai Anleitenden Meinungen¹⁰⁶ im Allgemeinen den unmittelbaren Übergang der Rechtsverhältnisse, die Geschäfte betreffen, die zur GmbH-Errichtung notwendig sind. Die Frage, in wessen Namen diese Geschäfte geschlossen werden, spielt also keine Rolle. Bemerkenswert ist, dass es von Shanghai zudem noch einen klaren Verweis auf das Partnerschaftsrecht hinsichtlich der Rechtsanwendung im Gründungsstadium gibt¹⁰⁷. Die unbeschränkte Gesellschafterhaftung während des Gründungsstadiums ist ferner auch im Entwurf 2003¹⁰⁸ und in den Zhejiang-Meinungen¹⁰⁹ geregelt.

Trotz solcher Differenzen stimmen alle genannten Meinungen hinsichtlich einer unbeschränkten Außenhaftung¹¹⁰ der Gesellschafter als Gesamtschuldner für die auszugleichenden Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft überein, falls die Gesellschaft nicht zustande kommt. Regressansprüche bestehen also im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern¹¹¹. Erfolgt die Registrierung, so ist die Gesellschafterhaftung hinsichtlich der übergegangenen Rechtsverhältnisse ausgeschlossen¹¹². Eine Ausnahme¹¹³ davon bildet es nur, wenn der Gesellschafter

¹⁰⁴ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), S. 37.

¹⁰⁵ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), S. 37.

¹⁰⁶ Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 1 III, 2.

¹⁰⁷ Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 1, I.

¹⁰⁸ Entwurf 2003, § 3 II.

¹⁰⁹ Das Obere Volksgericht von Zhejiang, zur Frage I.

¹¹⁰ Entwurf 2003: §§ 3 II, 6 I; Entwurf 2010: § 4 I; Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 I; Das Obere Volksgericht von Jiangsu, S. 39; 浙江省高级人民法院民二庭 (Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang), zur Frage I; Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 2.

¹¹¹ Das Obere Volksgericht von Shandong § 4 I; Das Obere Volksgericht von Shanghai, Zur Frage I: 2; Entwurf 2003: für Gründungsaufwand § 6 I; Entwurf 2010, § 4 II, III; Das Obere Volksgericht von Jiangsu, S. 39.

¹¹² Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 I; Das Obere Volksgericht von Zhejiang, zur Frage I.

¹¹³ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 II; Entwurf 2003, § 4 II; Entwurf 2010, § 3 II.

den fraglichen Vertrag zwar namens der (Vor-)GmbH, aber für eigene Rechnung abgeschlossen hat. Von den daraus entstandenen Verpflichtungen ist die Gesellschaft jedoch erst befreit, wenn sie die Beweislast erfüllt und zudem der Vertragspartner den Umstand kannte oder kennen musste¹¹⁴.

Fraglich ist, ab wann das, wie oben dargelegt, unterschiedlich ausgestaltete Vor-GmbH-Recht zur Anwendung kommt. Dazu gehen der Entwurf 2003¹¹⁵, die Shandong-Meinungen¹¹⁶, die Schanghai-Meinungen¹¹⁷ sowie die Jiangsu-Meinungen¹¹⁸ davon aus, dass das Gründungsstadium mit dem Abschluss einer Gründervereinbarung oder, bei deren Fehlen, einer Gesellschaftssatzung beginnt. Dagegen legt der Entwurf von 2010¹¹⁹ einen Wert auf die Abgrenzung des Gründers als Haftungsträger, statt einen Zeitpunkt zu bestimmen, obwohl dies nichts an der Haftungsfolge ändert, weil dort der Begriff des Gründers, der haftet, mit der Festlegung sowie Unterzeichnung der Gesellschaftssatzung zusammenhängt. Über die Parteifähigkeit der Vor-GmbH bestehen wiederum Meinungsunterschiede. Die Parteifähigkeit der Vor-GmbH haben die Beijing-Meinungen¹²⁰ sowie die Shandong-Meinungen¹²¹ nachdrücklich bestritten¹²², während der Jiangsu-Meinungen¹²³ sowie die Zhejiang-Meinungen¹²⁴ sie bejahen.

¹¹⁴ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 II; Entwurf 2003, § 4 II; Entwurf 2010, § 3 II.

¹¹⁵ Entwurf 2003, § 3 I.

¹¹⁶ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 4.

¹¹⁷ Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 1 II.

¹¹⁸ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, § 34.

¹¹⁹ Entwurf 2010, § 1.

¹²⁰ 北京市高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Peking), 《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见 (试行)》 (Versuchsweise durchgeführte anleitende Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes), zur Frage I: 1.

¹²¹ Das Obere Volksgericht von Shandong, § 1.

¹²² Stattdessen sollen entweder die Gründer in Gesamtheit oder die vollendete GmbH als Prozesspartei auftreten, je nachdem, ob eine Registrierung erfolgt ist.

¹²³ Das Obere Volksgericht von Jiangsu, § 35.

¹²⁴ Das Obere Volksgericht von Zhejiang, zur Frage I.

E. Das geltende Vor-GmbH-Recht in Deutschland und in China

1. Begriffliche Abgrenzung der Vor-GmbH

1.1 Mehrstufiges Vorstadium vor Eintragung in Deutschland

Im deutschen Recht kann man sich auf den Zeitraum, in dem eine Vor-GmbH besteht, einigen. Sie beginnt mit dem wirksamen Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages nach §§ 2 GmbHG und endet mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister.¹²⁵ Von der Vorgesellschaft streng zu unterscheiden ist die im Vorgründungsstadium, nämlich vor dem formgültigen Abschluss des Gesellschaftsvertrags existierende Vorgründungsgesellschaft, die mit dem vertraglichen Zusammenschluss der Gründer zur GmbH-Gründung anfängt.¹²⁶ Für ihre Entstehung ist nach herrschender Meinung¹²⁷ ein formgültiger Vertrag gemäß § 2 nicht nötig, sofern keine GmbH-Gründungspflicht begründet werden soll. Es genügt, wenn der Vertrag mündlich oder konkludent geschlossen wird.¹²⁸ Anzunehmen ist ein vertraglicher Zusammenschluss schon, wenn die Gründer Vorbereitungshandlungen hinsichtlich der GmbH-Gründung vornehmen.¹²⁹

Eine Minderheiteauffassung¹³⁰ vertritt dagegen ein dualistisches Modell. Sie geht davon aus, dass eine Vorgründungsgesellschaft erst mit Abschluss eines zur GmbH-Gründung verpflichtenden Vorvertrages¹³¹ entstehe. Eine Form gemäß § 2 soll schon genügen¹³². Als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts sei diese allein auf die GmbH-Gründung gerichtet¹³³. Wenn die Gesellschafter bereits unternehmerische Tätigkeiten aufnehmen, dann entstehe eine von dieser

¹²⁵ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 4, 97; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 3; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 3; es wurde, wie von Baumann in der JZ 1998, 597, und in der NZG 2001, 218 (mit Müller), vorgeschlagen, noch innerhalb des Gründungsstadiums weiter zu differenzieren.

¹²⁶ Wicke, Rn. 2; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 35; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 11 Rn. 2.

¹²⁷ Priester, GmbHR, 1995, 481, 486; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 102; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 35.

¹²⁸ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 35; Ulmer/Löbbe, § 2, Rn. 52; Priester, GmbHR 1995, 481, 485.

¹²⁹ BGH II ZR 311/83; Priester, GmbHR, 1995, 481, 485; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 103.

¹³⁰ Schmidt, GmbHR 1982, 6 ff.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 9.

¹³¹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 7, 12 f.

¹³² BGH II ZR 16/87; Ulmer/Habersack, Rn. 30.

¹³³ Scholz/K. Schmidt, Rn. 9.

Vorgründungsgesellschaft zu differenzierende, nach außen auftretende Gesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG.

Nach herrschender Meinung ist die Vorgründungsgesellschaft der Rechtsnatur nach grundsätzlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ungeachtet der Form des zugrundeliegenden Vertrages. Wenn die Gesellschafter bereits ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 II HGB betreiben, dann stellt sie eine OHG dar¹³⁴. Nach den allgemeinen Haftungsvorgaben haften neben der verpflichteten Vorgründungsgesellschaft mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen auch die Gesellschafter analog § 128 HGB persönlich für die Verbindlichkeiten der

¹³⁴ BGHZ 91, 148, 151; BGH NJW 1983, 2822 f; NJW 1998, 1645; Priester, GmbHR, 1995, 481, 485; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 103, 104.

Gesellschaft, unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch,¹³⁵ sofern keine Vereinbarung zur Haftungsbeschränkung gemäß § 158 BGB getroffen wird.

1.2 Keine Differenzierung des Vorstadiums in China

Eine begriffliche Abgrenzung der Vor-GmbH hat das Oberste Volksgericht in seinen Justizbestimmungen offengelassen. Nach der in seinem Namen herausgegebenen Begründung¹³⁶ sowie der herrschenden Meinung¹³⁷ in der Literatur entsteht eine Vorgesellschaft, sobald sämtliche Gründer sich zur GmbH-Gründung vertraglich zusammenschließen¹³⁸ und ggf. eine

¹³⁵ Römermann/Strehle, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § 3, Rn. 11 ff; MüKoGmbHG/Merkt Rn. 7, 106; Ulmer/Löbbe, § 2 Rn. 60; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 37; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; Scholz/K. Schmidt, Rn. 17.

¹³⁶ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 57 页; Bestätigt vom Obersten Volksgericht im Jahr 2015, siehe: 江必新 (Jiang, Bixin)、何东宁 (He, Dongning), 第 1 页;

¹³⁷ Bu, S. 205; 李建伟 (Li, Jianwei), 第 91 页; 施天涛 (Shi, Tiantao), 第 113 页; 石金平 (Shi, Jinping), 第 72 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 1 页; 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 公司案件审判指导 (Anleitungen für Fälle im Gesellschaftsrecht), 第 120 页; 吴越 (Wu, Yue), 第 54 页; 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 25 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 94 页. Einige Autoren gehen zwar von Festlegung der Gesellschaftssatzung als Beginn der Vor-GmbH aus, jedoch ohne eine Begründung dafür zu geben. Dazu siehe: 刘俊海 (Liu, Junhai), 第 96 页; 孙瑞玺 (Sun, Ruixi), 第 89 页; 石少侠 (Shi, Shaoxia), 第 61 页; 甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 160 页; 雷兴虎 (Lei, Xinghu), 第 128 页; 龚志忠 (Gong, Zhizhong), 第 336 页; 王保树 (Wang, Baoshu), 崔勤之 (Cui, Qinzhi), 第 149 页; 孙晓洁 (Sun, Xiaojie), 第 118 页. Eine dritte Auffassung meint, dass das Gründungsstadium nur dann mit der Festlegung einer Gesellschaftssatzung beginnt, wenn keine Gründervereinbarung geschlossen wird. Dazu siehe: 王作全 (Wang, Zuoquan), 第 51 页. Die beiden letzten Ansichten entsprechen der aktuellen Rechtslage nicht, weil § 4 II BeoVAGe III die Höhe des Ausgleichsanspruchs eines unverhältnismäßig gezahlt habenden Gründers im Innenverhältnis vorschreibt, falls diese Verhältnismäßigkeit unklar ist. Die Annahme der beiden Minderheitenauffassungen, dass der Zeitpunkt, zu dem entweder eine Gründervereinbarung oder eine Gesellschaftssatzung zustandekommt, für den Anfang des Gründungsstadiums maßgebend ist, würde diese Vorschrift nutzlos machen, weil die Anteile unbedingt in der Vereinbarung oder Satzung festgelegt werden.

¹³⁸ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页.

Gründervereinbarung unterzeichnen¹³⁹, die vor allen Dingen die Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Gründern zur GmbH-Errichtung begründet¹⁴⁰. Die Gründervereinbarung stellt keinen Vorvertrag, sondern einen Gesellschaftsvertrag¹⁴¹ dar, und ist auf die Vollendung einer GmbH-Errichtung ausgerichtet¹⁴². Deshalb endet die entstandene Vor-GmbH, die die Literatur¹⁴³ und Rechtsprechung¹⁴⁴ als zivile Partnerschaft im Sinn des § 30 der Grundsätze des

¹³⁹ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 1 页。

¹⁴⁰ 施天涛 (Shi, Tiaotao), 第 122 页。

¹⁴¹ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33、35 页; 施天涛 (Shi, Tiantao), 第 122 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 13 页; 王德山 (Wang, Deshan), 第 79 页。

¹⁴² 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33、34 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 1 页。

¹⁴³ Dazu siehe: 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 29 页; 王德山 (Wang, Deshan), 第 94 页; 杨永志 (Yang, Yongzhi), 第 92 页。Eine zweite Auffassung geht davon aus, dass die Vor-GmbH als eine der Organisation anderer Art im Sinn des § 52 BeoVAZPG ähnelnde Organisation zu behandeln ist. Ein wesentlicher Unterschied zu dieser liege nur darin, dass das Zustandekommen einer Organisation anderer Art unbedingt eine Registrierung voraussetzt, die für Vor-GmbH unzumutbar und somit nicht erforderlich ist. Dazu siehe: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 4 页; 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 56 页。Meines Erachtens liegen beide Auffassungen nicht weit auseinander, da die Organisation anderer Art eigentlich ein Oberbegriff solcher Gestaltungsformen ist, die stärkere Rechtssubjektivität aufweisen und nach Außen als Einheit agieren. Zu dieser Kategorie gehört das Partnerschaftsunternehmen als eine der wichtigsten Subkategorien, dem die zivile Partnerschaft zugrunde liegt. In Hinsicht auf die Rechtsanwendung der Vor-GmbH ist folglich wie bei der ersten Auffassung auf das Partnerschaftsrecht zurückzugehen. Eine dritte Auffassung meint einfach, dass die Vor-GmbH ein Partnerschaftsunternehmen ist; dazu siehe: 郑景元 (Zheng, Jingyuan), 第 66 页。Eine vierte Auffassung hält dagegen die Vor-GmbH für eine Sonderorganisation, die sich einer GmbH annähert; dazu siehe: 吴越 (Wu, Yue), 第 40 页。

¹⁴⁴ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 公司案件审判指导 (Anleitungen für Fälle im Gesellschaftsrecht), 第 120 页; 吴庆宝 (Wu, Qingbao), 最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题 (2013-2014 年卷) (Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht) (Band 2013/2014), 第 38 页。

Zivilrechts ansieht, auch nicht mit der Festlegung der Gesellschaftssatzung¹⁴⁵, sondern entweder mit der Registrierung der Gesellschaft oder mit dem endgültigen Scheitern der GmbH-Errichtung¹⁴⁶. Die Unterzeichnung der Gesellschaftssatzung als ein wichtiger Schritt stellt nur einen der die Registrierung herbeiführenden Gründungsakte einer GmbH dar¹⁴⁷.

Der chinesische Lösungsansatz im BeoVAGe III, der die Vorgesellschaften von AG und GmbH undifferenziert regelt (§ 2, 3, 4, 5 BeoVAGe III), ist überwiegend von den oben genannten rechtlichen Anordnungen der AG-Errichtung geprägt. Nach denen stellt der Abschluss einer Gründervereinbarung bei einer AG-Errichtung eine gesetzliche Pflicht dar (§ 79 II) und kommt einer Gesellschaftssatzung nach ihrer Festlegung wegen des Stufengründungsfalls der AG keine sofortige Rechtswirksamkeit zu. Sachlich wird dies teilweise damit begründet, dass die frühestmögliche Anerkennung der Existenz einer Vorgesellschaft einen logisch notwendigen Zurechnungsendpunkt für subjektive Rechte und eingegangene Verpflichtungen schaffe¹⁴⁸. Dies merkt auch die Begründung des Obersten Volksgerichts zu den BeoBAGe III an¹⁴⁹. Meines Erachtens entspricht diese Auffassung der Tatsache, dass das Zustandekommen einer zu errichtenden GmbH ohne ein Vorgründungsstadium kaum vorstellbar ist. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass die Gründer ohne Schluss einer Gründervereinbarung direkt

¹⁴⁵ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页。

¹⁴⁶ 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 2 页。

¹⁴⁷ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页; 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 25 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 52 页; 李建伟 (Li, Jianwei), 第 74 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 96 页; 任尔昕 (Ren, Erxin), 企业与公司法学 (Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 第 90 页; 于华江 (Yu, Huajiang), 第 27 页。

¹⁴⁸ 刘俊海 (Liu, Junhai), 第 96 页; 施天涛 (Shi, Tiantao), 第 113 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 94 页。

¹⁴⁹ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 84 页。

zu einer Gesellschaftssatzung gelangen. Jedoch finden in allen Fällen Vorbereitungshandlungen statt¹⁵⁰.

1.3 Vergleichung der Ansätze

Unzweifelhaft stellt der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der im Gründungsstadium stattfinden soll, in beiden Ländern eine gesetzliche Pflicht bei der GmbH-Errichtung dar. Üblich ist wohl auch, dass die aufgrund des vertraglichen Zusammenschlusses entstandene Gründergesellschaft bereits namens der Vor-GmbH oder namens der GmbH gegenüber Dritten handelt. Denn die vorausgehende Vorarbeit beschränkt sich zumeist nicht auf das Innenverhältnis der Gründer untereinander¹⁵¹. Es muss also ein Zurechnungssubjekt für die entstandenen Rechtsverhältnisse vorhanden sein. Zu dieser Problematik hat das chinesische Recht eine zeitlich undifferenzierte Vor-GmbH konzipiert, während das deutsche Recht zwischen Vorgründungsgesellschaft und Gründungsgesellschaft streng unterscheidet und die Kontinuität mit der Begründung der Wesensverschiedenheit bestreitet¹⁵². Aus demselben Grund lässt sich das in Deutschland entwickelte Vorgesellschaftsrecht auch nicht auf die Vorgründungsgesellschaft anwenden¹⁵³. Es kommen die Grundsätze des unternehmensbezogenen Geschäfts in der deutschen Rechtsprechung zur Anwendung, wonach das Handeln namens einer „GmbH “ oder „GmbH in Gründung “ im Vorgründungsstadium einfach als falsche Bezeichnung¹⁵⁴ gedeutet wird. Denn die entstandenen Rechtsverhältnisse berechtigen und verpflichten nur die Vorgründungsgesellschaft oder ggf. den Einzelkaufmann als wahren

¹⁵⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 98; 雷兴虎 (Lei, Xinghu) , 第 110 页。

¹⁵¹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 98; So auch die chinesische Literatur: 郭雳 (Guo, Li) , 第 143 页; 何侃 (He, Kan) , 第 39 页; 龚志忠 (Gong, Zhizhong) , 第 335 页; 张民安 (Zhang, Minan) , 第 73 页。

¹⁵² BGHZ 91, 148, 151; NJW 1998, 1645, NJW 2001, 2635; Scholz/K. Schmidt, Rn. 26; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 38; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 109; andere Auffassung: Roth/Altmeppen/Roth, § 11 Rn. 74; Kießling, S. 352 ff.

¹⁵³ Ulmer/Habersack, Rn. 30; Ulmer/Löbbe, § 2 Rn. 58; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 104, 109; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; andere Auffassung: Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 75.

¹⁵⁴ BGHZ 91, 148.

Rechtsträger¹⁵⁵. Möglich ist es aber, die Rechtsverhältnisse auf die Vor-GmbH sowie danach, in der Folge, auf die GmbH durch Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 BGB¹⁵⁶ übergehen zu lassen. Falls das Geschäft unter aufschiebender Bedingung vorgenommen wird, erfordert es eine Genehmigung gemäß § 177 BGB¹⁵⁷. Für die verbleibenden Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft haften also die Gründer grundsätzlich persönlich¹⁵⁸, sofern keine Freistellung mit dem Vertragspartner vereinbart ist¹⁵⁹.

Das Vorstadium durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages als Zäsur abzutrennen und juristisch unterschiedlich zu interpretieren, ist nicht selbstverständlich. Der Unterschied in der Auffassung zwischen beiden Ländern äußert sich vor allem im rechtlichen Verständnis der vor Festlegung des Gesellschaftsvertrages bereits entstandenen Gründergesellschaft. Als deren Zweck gilt nach deutscher Auffassung der wirksame Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Der der Vorgründungsgesellschaft zugrundeliegende vertragliche Zusammenschluss hat einen Doppelcharakter¹⁶⁰: er wird einerseits als Gesellschaftsvertrag und andererseits als Vorvertrag angesehen. Dagegen ist für die chinesische Auffassung der Zweck der Gründergesellschaft erst mit der kompletten Vollendung der GmbH-Errichtung erreicht. Die chinesische Auffassung sieht in der Gründervereinbarung nur einen Gesellschaftsvertrag.

Eigentlich sollte das Vorgründungsstadium nicht anders als das Gründungsstadium beurteilt werden, wenn man davon ausgeht, dass beide im Wesentlichen nur verschiedene Abschnitte einer und derselben Entwicklung darstellen. Das Zustandekommen der GmbH ist stets der Zweck der Gründer, sobald „greifbare Ansätze zu einer GmbH-Gründung vorhanden“¹⁶¹ sind. Das

¹⁵⁵ BGHZ 91, 148, 152; BGH II ZR 366/96; Scholz/K. Schmidt, Rn. 17; Schmidt, GmbHR 1998, 615 f.; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 36; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 105.

¹⁵⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 37; Ulmer/Löbke, § 2 Rn.60; Raiser/Veil, Rn. 114. MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 107, 109.

¹⁵⁷ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 106.

¹⁵⁸ BGH II ZR 200/82; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 38.

¹⁵⁹ BGH II ZR 200/82; BGH VIII ZR 306/99; Scholz/K. Schmidt, Rn. 23; Ulmer/Löbke, § 2 Rn. 60; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 107.

¹⁶⁰ Scholz/K. Schmidt, Rn. 10.

¹⁶¹ Der BGH hat in der Entscheidung BGH II ZR 103/61 so formuliert.

gehört zur allgemeinen Erkenntnis und erklärt auch einigermaßen die undifferenzierte Regelungsweise der chinesischen Rechtsprechung. Geschichtlich gesehen hat das Reichsgericht in Deutschland anfangs nichts anderes gemeint, wenn es in seiner Entscheidung RGZ 122, 172 zum Anwendungsbereich der Handelndenhaftung aus § 11 II formulierte: „Das rechtliche Handeln im Namen der GmbH beginnt erst nach Eintragung. Während bis dahin die bürgerlich-rechtliche Gründungsgesellschaft unverändert zu Bindungen der Gesellschafter untereinander führt, wäre eine Differenzierung in Bezug auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrags dann willkürlich.“ Die aktuelle Rechtslage in Deutschland ist mehr, als dies in China der Fall ist, die Folge einer weiteren Rechtsausgestaltung.

Trotz des Gesagten verdient dieser etwas „umständlich“ wirkende deutsche Ansatz größere Zustimmung, weil wie die Praxis zeigt, die Gründer im Vorgründungsstadium „auf verschiedene Art und Weise zusammenwirken und sich unterschiedlich intensiven rechtsgeschäftlichen Bindungen unterwerfen“¹⁶². Besonders schwierig ist es, den Zeitpunkt, in dem das Vorgründungsstadium beginnt, zu bestimmen¹⁶³. Die Vorteile des deutschen Ansatzes in der Rechtsprechung sind also ersichtlich. Er schafft objektive Voraussetzungen für die Rechtsanwendung und wird damit der Unsicherheit und Kompliziertheit der Lage eher gerecht.

Noch mehr für eine Trennung von Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH spricht es, dass nach Festlegung des Gesellschaftsvertrages eine wesentliche Veränderung an dem Rechtsgebilde, insbesondere an seinen Innenverhältnissen vorgeht, insofern als in dieser Gründergesellschaft eine Gesellschaftskörperverschaffung entsteht. Der chinesische Ansatz bemerkt zwar die Kontinuität des GmbH-Errichtungsvorgangs, berücksichtigt aber die dabei immer stärker zutage tretende Subjektivität¹⁶⁴ der Vor-GmbH nicht genug. Die Tatsache, dass eine amtliche Prüfung noch nicht erfolgt ist, hindert nicht, dass die Vor-GmbH bereits mit einer der Willensbildung dienenden und sich einer vollendeten GmbH annähernden Struktur auftreten kann. Hierbei taucht in dieser Phase, die im

¹⁶² Michalski/Funke, § 11 Rn. 3.

¹⁶³ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 97.

¹⁶⁴ So auch die Literatur: 吴越 (Wu, Yue), 第 48 页。

deutschen Recht als Gründungsstadium bezeichnet wird, eine andere Frage auf, nämlich ein Wettbewerb hinsichtlich des ausführenden Organs der Gesellschaft. Dazu meint die chinesische Rechtsprechung, dass die Gesamtheit der Gründer weiterhin den Vorrang hat¹⁶⁵, während im deutschen Recht bereits jetzt der Geschäftsführer diese Aufgabe übernimmt. Dieser Wechsel ist folgerichtig, da er dem Willen der Gründer eher entspricht, die von Anfang auf eine GmbH zum Zweck des Handelsgewerbes abzielen. Außerdem werden auch die ansonsten unvermeidlichen dogmatischen Schwierigkeiten zur Klärung der Rechtsnatur der Vor-GmbH vermieden. Die aus dem chinesischen Ansatz resultierende Verwirrung¹⁶⁶ in der Dogmatik erkennt man daran: in der Justizbegründung zum BeoVAGe III wird die Vor-GmbH einerseits als eine mehr als nur in der Vorstellung existierende Rechtsgestaltungsform anerkannt, für die die Gesamtheit der Gründer als Organ agiert. Aber andererseits führt das Scheitern der GmbH-Errichtung zu einer sofortigen Beendigung der Vor-GmbH, ohne dass eine Liquidation erforderlich ist. Es verbleiben dann nur noch die einzelnen Gründer, die den Gesellschaftsgläubigern gegenüber als Haftungsträger zur Verfügung stehen¹⁶⁷.

Der deutsche Ansatz, der den mit der Satzungsfestlegung vollgezogenen Strukturwandel beachtet, hat noch weitere Vorzüge. Zum einen erleichtert er die Begründung der Kontinuität zwischen Vor-GmbH und GmbH. Ausführlich heißt die These, dass es sich bei der Vor-GmbH um einen sich der GmbH annähernden „körperschaftlich strukturierten Rechtsträger sui generis¹⁶⁸ “ handelt und neben ihrer Übereinstimmung in der Organisation auch die der „beteiligten Personen “ und der „vermögensrechtlichen Struktur¹⁶⁹ “ gegeben sind. Zum

¹⁶⁵ So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu) , 崔勤之 (Cui, Qinzhi) , 第 149 页。

¹⁶⁶ Als Lösung zu dieser Problematik wird in der chinesischen Literatur teilweise vorgeschlagen, dass die Rechtsstellung der Gründer einer GmbH in zweierlei Hinsicht zu sehen ist. Zum einen sind sie in der Gesamtheit das Organ der Vor-GmbH, zum anderen sind sie untereinander partnerschaftlich verbunden. Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu) , 崔勤之 (Cui, Qinzhi) , 第 151 页。

¹⁶⁷ 奚晓明 (Xi, Xiaoming) , 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen) , 第 85 页。

¹⁶⁸ Prinz/Winkeljohann/Schwaiger, Rn. 15.

¹⁶⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 6; Dazu auch die Entscheidungsgründe im BGHZ 80, 129.

anderen wird auch der Weg teilweise geebnet, um die sich mit Positivismus begnügende und deshalb z. B. wegen der Problematik der Vorgesellschaft schon gefährdete Lehre von der juristischen Person mit substantiellem Inhalt zu erfüllen.¹⁷⁰ Jedoch besagt diese Feststellung meines Erachtens nicht, dass das geltende chinesische Vor-GmbH-Recht grundsätzlich verändert und völlig von Neuem ausgestaltet werden müsse. Denn seine Ergänzung und Konkretisierung sind möglich. Darauf kommen wir später zurück.

2. Zusammensetzung des Vor-GmbH-Rechts

2.1 Gesellschaftsvertrag erfüllt durch GmbHG in Deutschland

Das Vor-GmbH-Recht lässt sich in Deutschland als Sonderrecht ausbilden. Das Innenverhältnis einer Vor-GmbH bestimmt sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag¹⁷¹. Hinsichtlich der Besonderheiten der Vorgesellschaft erfolgt seine Auslegung aber noch nicht nach normativen Grundsätzen¹⁷². Dabei werden auch die subjektiven Vorstellungen der Gründer berücksichtigt. Nur soweit dem Gesellschaftsvertrag keine Regelungen zu entnehmen sind, ist im Ansatz auf die auf die Vor-GmbH anwendbaren Normen des GmbHG zurückzugreifen. Ohne Weiteres gelten die darauf zugeschnittenen Gründungsvorschriften, von diesen vor allem die Bestimmungen zur Bestellung des ersten Geschäftsführers (§ 6), zur Leistung der Einlagen und Erstellung des Sachgründungsberichts (§§ 5 IV, 7 II und §§ 3, 82 I) sowie zur Haftung bei Gründungsmängeln (§§ 9, 9a)¹⁷³. Aus dem Gesellschaftsvertrag und dem Gründungszweck der Vor-GmbH ist jeder Gründer verpflichtet, an der Beseitigung von Eintragungshindernissen mitzuwirken. Der Erfüllungsanspruch kann auch ohne Beteiligung des Geschäftsführers von jedem der übrigen Gründer geltend gemacht werden¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Dazu siehe die Ausführungen von Raiser, AcP 1999, S. 104-144.

¹⁷¹ Raiser/Veil, Rn. 102.

¹⁷² MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 14; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 17.

¹⁷³ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 17; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 13, 14.

¹⁷⁴ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 19; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 8; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 19.

2.2 Infrage stehende Rechtswirksamkeit der Gesellschaftssatzung in China

In China sind für das Gründungsstadium im Gesellschaftsgesetz vor allem die Regelungen zur Registrierung der GmbH (§§ 6, 29), zur Festlegung der Satzung (§§ 11, 12, 23, 25), zur Bestellung des gesetzlichen Repräsentanten (§§ 13, 25) und zur Leistung der Einlagen (§§ 23, 26, 27 I, 28 I) bestimmt. Da ein vorausgehendes Prüfungsverfahren der GmbH-Bezeichnung vorgeschrieben wird (§ 8), findet auch die Vorschrift für den pflichtig zu enthaltenden Zusatz „GmbH “ Anwendung. Darüber hinaus gilt die Gründervereinbarung ohne weiteres, falls eine als solche geschlossen wird.

Die Frage, ob die im Gründungsstadium festgelegte Gesellschaftssatzung sofort rechtswirksam wird, ist strittig. In der Literatur herrscht die Meinung¹⁷⁵, dass die Gesellschaftssatzung ihre Rechtswirkung erst nach der Registrierung erhält. Diese Auffassung bestätigte das Oberste Volksgericht in einem Urteil von 2014¹⁷⁶, wonach die erstmalig zu registrierende Gesellschaftssatzung rechtlich anders als eine nach dem Entstehen der GmbH geänderte Gesellschaftssatzung behandelt werden soll. Die letztere soll vor pflichtiger Registrierung bereits im Innenverhältnis gelten. Begründet wird dies zum einen mit der noch fehlenden inhaltlichen Kontrolle durch die Registrierungsbehörde.¹⁷⁷ Die Festlegung der Gesellschaftssatzung dürfe nicht völlig den Gesellschaftern überlassen werden. Zu beachten seien noch die zwingenden gesetzlichen Vorschriften¹⁷⁸. Zum anderen hänge die Gesellschaftssatzung mit der Existenz der GmbH zusammen. Die Gründung könne noch scheitern¹⁷⁹. Deshalb komme der Gesellschaftssatzung vorm Entstehen der GmbH keine rechtliche Geltung zu. Zudem seien die ihr

¹⁷⁵ 李瑜, 第 90 页; 陈连军 (Chen, Lianjun)、王明明 (Wang, Mingming)、栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 32 页; 石少侠 (Shi, Shaoxia), 第 62 页; 隋彭生 (Sui, Pengsheng), 第 21 页。

¹⁷⁶ Siehe das Urteil: 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 万家裕诉丽江宏瑞水电开发有限公司股东资格确认纠纷案。

¹⁷⁷ 赵旭东 (Zhao, Xudong), 公司法学 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 第 184 页; 石少侠 (Shi, Shaoxia), 第 62 页。

¹⁷⁸ 程显波 (Cheng, Xianbo), 第 57 页; 石少侠 (Shi, Shaoxia), 第 62 页。

¹⁷⁹ 李瑜 (Li, Yu), 第 90 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 公司法学 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 第 184 页。

unterworfenen Organmitglieder noch zu bestellen¹⁸⁰. Eine andere Auffassung¹⁸¹ vertritt dagegen die sofortige Wirkung der Gesellschaftssatzung, für deren Wirksamkeit es vor allem auf die übereinstimmenden Willenserklärungen der Gründer ankomme¹⁸². Mit dem Unterzeichnen sämtlicher Gründer solle sie schon rechtlich wirken. Darüber hinaus müsse die Gesellschaftssatzung beim Fehlen einer Gründervereinbarung auch die Rechtsverhältnisse des Gründungsstadiums regeln¹⁸³, insbesondere solche hinsichtlich der Entgegennahme der von Gesellschaftern zu übernehmenden Einlagen¹⁸⁴. Eine dritte Ansicht¹⁸⁵ bejaht die Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung im Gründungsstadium nur teilweise, nämlich soweit es sich dabei um ihren schuldrechtlichen Teil handelt.

2.3 Stellungnahme

2.3.1 Vernachlässigte Gesellschaftssatzung in China

Im chinesischen Recht wird die Gesellschaftssatzung im Gründungsstadium wesentlich vernachlässigt. Dies führt unmittelbar zu einem unbestimmten Regelungszustand insbesondere des Innenverhältnisses einer Vor-GmbH. Da die noch nicht registrierte Gesellschaftssatzung kaum den Schutz des Rechtsverkehrs betrifft, sind sowohl der Gesetzgeber als auch das Oberste Volksgericht weniger motiviert, eine endgültige Antwort hinsichtlich ihres Wirkungszeitpunkts zu geben. Im BeVAGe III wird das Schwergewicht auch nur auf die Außenbeziehungen einer Vor-GmbH gelegt. Dies könnte überwiegend daran liegen, dass zum einen der Abschluss einer Gesellschaftssatzung keine Mitwirkung des Notars wie in Deutschland erfordert (§ 2 I), der sie gemäß § 17 I BeurkG rechtlich kontrolliert¹⁸⁶.

¹⁸⁰ 赵旭东 (Zhao, Xudong), 公司法学 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 第 184 页。

¹⁸¹ 施天涛, 第 131 页; 张远堂, 第 121 页; 甘培忠, 第 161 页; 李志萍, 第 85 页; 刘乃忠, 戴瑛, 第 84 页。

¹⁸² 施天涛 (Shi, Tiaotao), 第 131 页。

¹⁸³ 施天涛 (Shi, Tiantao), 第 132 页; 张远堂 (Zhang, Yuantang), 第 121 页; 李志萍 (Li, Zhiping), 第 90 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 85 页。

¹⁸⁴ 赵旭东 (Zhao, Xudong), 公司法学 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 第 184、185 页; 张远堂 (Zhang, Yuantang), 第 121 页。

¹⁸⁵ 赵旭东 (Zhao, Xudong), 第 185 页; 李晓春 (Li, Xiaochun), 第 52 页; 李建伟 (Li, Jianwei), 第 140 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 93 页; 任尔昕 (Ren, Erxin), 企业与公司法学 (Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 第 107 页; 于华江 (Yu, Huajiang), 第 57 页。

¹⁸⁶ Raiser/Veil, § 35 Rn. 3.

Bei uns in China ist dafür die Registerbehörde zuständig, und eine Kontrolle erfolgt erst beim Antrag auf Registrierung (§ 23 VGeRe). Zum anderen wird das Vorliegen einer Gründervereinbarung oder wenigstens eines vertraglichen Zusammenschlusses immer noch als das unterstellt, womit eine Vor-GmbH als Bezugspunkt der Zurechnung entsteht.

Trotzdem ist der oben zweitgenannten Ansicht (von der sofortigen Wirkung der Gesellschaftssatzung) zu folgen, ohne dass man zwischen dem schuldrechtlichen Teil und dem normativ-rechtlichen Teil noch zu unterscheiden bräuchte. Die Anerkennung der Vor-GmbH sowie eines völligen Übergangs ihrer Rechtsverhältnisse auf die GmbH spricht dafür, dass das Entstehen einer GmbH vorverlegt werden könnte. Diese vom Konzessionssystem geprägte Ansicht, dass die Rechtswirksamkeit einer Gesellschaftssatzung allein von der Registrierung abhängt, ist überholt¹⁸⁷. Zudem soll man die in der Praxis bei der Registerbehörde im Interesse der Beschleunigung vorgenommene Prüfung nicht überwerten. Für die Rechtsgeltung der Gesellschaftssatzung ist ihrer Rechtsnatur nach der Gründerwillen maßgebend. Ihr Charakter als Organisationsvertrag ändert daran nichts. Die rechtlichen Mängel der Gesellschaftssatzung sollen im Rahmen des in China noch zu entwickelnden Rechtsinstituts der fehlerhaften Gesellschaft behandelt werden. Es kann also keine sachgerechte Lösung sein, von einer allgemeinen Verneinung der Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung vor der Registrierung auszugehen. Darüber hinaus ist nicht zu übersehen, dass das Zustandekommen eines Partnerschaftsunternehmens ebenfalls von der Ausstellung eines Gewerbescheins abhängt (§ 11 PUG), während die ihm zugrundeliegende Partnervereinbarung, für die das Gesetz auch den Mindestinhalt vorschreibt (§ 18 PUG), bereits nach dem Unterzeichnen oder Stempeln durch die Partner wirksam wird (§ 19 I).

¹⁸⁷ Nach der wohl herrschenden Meinung gilt seit der Novellierung des Gesellschaftsgesetzes 2005 das Normativsystem hinsichtlich der Entstehung einer GmbH. Dazu siehe: Bu, S. 301; 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 26 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 55 页; 甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 30 页; 雷兴虎 (Lei, Xinghu), 第 100 页; 李建伟 (Li, Jianwei), 第 78 页; 李晓春 (Li, Xiaochun), 第 39 页; 李志萍 (Li, Zhiping), 第 80 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 68 页; 王作全 (Wang, Zuoquan), 第 54 页; 王德山 (Wang, Deshan), 第 69 页; 杨永志 (Yang, Yongzhi), 第 96 页; 任尔昕 (Ren, Erxin), 企业与公司法学 (Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 第 93 页; 张新民 (Zhang, Xinmin), 杨连专 (Yang, Lianzhuan), 第 39 页; 于华江 (Yu, Huajiang), 第 29 页.

Vielmehr könnte eine solche Annahme, dass die Gesellschaftssatzung erst mit der Registrierung wirksam wird, systematisch gegen das geltende Gesellschaftsgesetz verstoßen. Nach dem Wortlaut des § 28 GeG muss jeder Gesellschafter die in der Gesellschaftssatzung festgelegte und von ihm übernommene Einlage fristgemäß voll einzahlen. Dementsprechend wird die Gesellschaftssatzung schon in Kraft sein müssen, wenn hinsichtlich der Bewirkung einer einzelnen Einlage ein Zeitpunkt vor der Registrierung vereinbart wird. Zudem verweist auch § 13 GeG, der die im Gründungsstadium zu erledigende Bestellung des gesetzlichen Repräsentanten der GmbH anordnet, schon auf die Gesellschaftssatzung. Nach dieser Vorschrift muss als solcher entweder der Vorstandsvorsitzende oder der geschäftsführende Vorsteher oder ein Geschäftsführer auftreten¹⁸⁸. Das heißt, die Bestellungen dieser drei Organe müssen der Bestellung des gesetzlichen Repräsentanten vorausgehen. Und nach §§ 37, Nr. 2, 44 III, 45, 49 I, die sie regeln, wird vor allem der echte Satzungsteil einer Gesellschaftssatzung betroffen und die Rechtsgeltung muss also gegeben sein. Zudem ist nicht zu übersehen, dass in der Praxis die Gründervereinbarung oft bereits Regelungen über die Grundlagen der Gesellschaft enthält¹⁸⁹. Es besteht deshalb keinen Grund, den echten Satzungsteil einer Gesellschaftssatzung rechtlich anders zu behandeln.

Für die sofortige Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung könnte noch sprechen, dass es dogmatische Schwierigkeiten auslösen würde, wenn man beim Fehlen einer Gründervereinbarung etwas Anderes annehmen würde. Wie schon erwähnt, herrscht in der Literatur¹⁹⁰ und Rechtsprechung¹⁹¹ die Meinung, dass

¹⁸⁸ Im chinesischen GmbH-Recht ist für die Geschäftsführung obligatorisch entweder ein Vorstand gemäß §§ 37 II, 44 III, 45 oder ein geschäftsführender Vorsteher (chinesischer Ausdruck) wegen eines verhältnismäßig kleinen Umfangs der Gesellschaft gemäß § 50 zu bestellen. Ein Geschäftsführer ist nach § 49 optional vom Vorstand zu bestellen und diesem verantwortlich.

¹⁸⁹ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 35 页。

¹⁹⁰ 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 29 页; 王德山 (Wang, Deshan), 第 94 页; 杨永志 (Yang, Yongzhi), 第 92 页。

eine Vor-GmbH der Rechtsnatur nach eine Partnerschaft im Sinn des § 30 AGZ darstellt. Und als Voraussetzung für ihr Zustandekommen schreibt § 31 AGZ eine schriftliche Vereinbarung vor, die die Gründer treffen müssen. Ursprünglich wurde in der älteren Fassung kein Formzwang angeordnet. Für die Annahme der Partnerschaftsbeziehungen wurde folgerichtig auch eine mündliche Vereinbarung zugelassen, sofern nach Ansicht¹⁹² des Obersten Volksgerichts beim Erfüllen anderer Voraussetzungen mindestens zwei Personen, die kein Interesse an der Partnerschaft hatten, dies bezeugen konnten (§ 50). Ob diese im Jahr 1988 verabschiedete Justizbestimmung nach dem Inkrafttreten der 2009 geänderten Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts noch gilt, ist fraglich¹⁹³. Hinsichtlich dieser Anforderung soll aber in unserem Zusammenhang für alle Fälle der Beschluss einer Gesellschaftssatzung genügen. Es gibt freilich noch weiteres Problem, wenn wenigstens einer der Gründer der GmbH keine Einzelperson ist. Denn das Partnerschaftsrecht ist nach § 30 AGZ ausdrücklich für eine Partnerschaft konzipiert, deren Verbandsmitglieder Einzelpersonen sein müssen.

Bei den Auslegungen der Gesellschaftssatzung soll, wie die deutsche Erfahrung lehrt, der subjektive Gründerwillen erforscht werden. Denn in dieser Phase ist ihre Bekanntmachung gemäß § 6 III noch nicht zu erwarten. Deshalb entsteht im Rechtsverkehr auch kein schutzwürdiges Vertrauen im Hinblick auf deren Inhalt.

2.3.2 Paradoxe Haltung des chinesischen Gesetzgebers gegenüber der Vor-GmbH-Körperschaftsverfassung

Widersprüchlich ist jedoch Folgendes: das Gesellschaftsgesetz fordert einerseits, wie argumentiert, eine bereits im Gründungsstadium geschaffene Körperschaftsverfassung der Gesellschaft, die die Bestellungen der

¹⁹¹ 奚晓明 (Xi, Xiaoming) , 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen) , 第 35 页。

¹⁹² Versuchsweise durchgeführte Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (1988).

¹⁹³ Nach der herrschenden Meinung wird eine mündliche Partnervereinbarung rechtlich nicht anerkannt; dazu siehe: 姚海放 (Yao, Haifang) , 第 16 页。

Gesellschaftsorgane sowie die Entgegennahme der Einlagen ermöglicht. Es begrüßt andererseits ihr Funktionieren aber nicht. Diese paradoxe Haltung zeigt sich besonders deutlich in § 29. Danach soll der Antrag auf Registrierung bei der Registrierungsbehörde durch den von der Gesamtheit der Gesellschafter bestimmten Repräsentanten oder den gemeinsam beauftragten Vertreter bewirkt werden. Der bei diesem Verfahren in der eingereichten Gesellschaftssatzung gemäß § 13 pflichtig anzugebende, bereits gemäß § 25 bestellte gesetzliche Repräsentant der GmbH spielt erstaunlicherweise keine Rolle in der Stellvertretung¹⁹⁴. Nach § 38 AGZ¹⁹⁵, der eine Definition des gesetzlichen Repräsentanten gibt, soll dieser das Vertretungsorgan der GmbH sein. Für die weitere Abwertung der Körperschaftsstruktur einer Vor-GmbH im Vergleich zu der solchen einer Vor-AG sprechen auch die anders konzipierten Regelungen in demselben Gesetz. Der Gesetzgeber hat für die letztere zwar ebenfalls die Gründer zur Übernahme der Gründungsvorbereitungen der Gesellschaft bestimmt (§ 79 I), sieht die Stellung des Antrages auf Registrierung aber als die Aufgabe des Vorstands an (§§ 83 II, 92 I), den die Gründer nach voller Übernahme der in Gesellschaftssatzung bestimmten Einlagen wählen müssen (§§ 83 II, 90 II). Es macht keinen Unterschied, ob es sich bei dieser AG-Gründung um eine Einheitsgründung gemäß § 77 II, oder eine Stufengründung gemäß § 77 III handelt.

Trotz der Widersprüche hat sich das Oberste Volksgericht in seinen Justizbestimmungen der Auffassung angeschlossen, nach der bis zur Registrierung der Gesellschaft die Gesamtheit der Gründer das Gesellschaftsorgan ist.

¹⁹⁴ In den Regelungen zur Registrierung des gesetzlichen Repräsentanten einer juristischen Unternehmensperson wird vorgeschrieben, dass die Bestellung erst nach dem Zustandekommen der juristischen Unternehmensperson gilt (§ 3).

¹⁹⁵ § 38: Der Verantwortliche, der gemäß dem Gesetz oder der Organisationssatzung der juristischen Person in Vertretung der juristischen Person Amtsgewalt ausübt, ist der gesetzliche Repräsentant der juristischen Person.

2.3.3 Rezeptionsmöglichkeit des deutschen Ansatzes im chinesischen Vor-GmbH-Recht *de lege ferenda*

Wie schon gezeigt, ist der deutsche Ansatz, nämlich ein weiter differenziertes Vorstadium der GmbH, vorteilhaft. Es fragt sich deshalb, ob eine Rezeption dieses Ansatzes im chinesischen Recht möglich ist. Das Oberste Volksgericht schafft mit fünf Vorschriften in seinem BeoVAGe III nur einen Regelungsrahmen. Sie behandeln zunächst die Übergangsfrage, ob und inwieweit die Rechtsverhältnisse wegen vorzeitiger Geschäftsaufnahme auf die entstandene GmbH übergehen dürfen. Eine Differenzierung besteht nur darin, dass der Übergang bei der namens der Vor-GmbH gehandelten Geschäftsaufnahme sich mit dem Entstehen der GmbH ohne weiteres vollzieht¹⁹⁶ (§ 3 I BeVAGe III), während bei einer solchen, die im eigenen Namen des Gründers gehandelt wurde, eine ausdrückliche oder konkludente¹⁹⁷ Übernahme durch die GmbH vorausgesetzt wird (§ 2 II BeVAGe III). Zudem übernimmt die GmbH die Delikthaftung wegen einer Organhandlung zur GmbH-Errichtung (§ 5 BeVAGe III). Weiter wird die unbeschränkte Außenhaftung der Gründer für alle entstandenen Verbindlichkeiten mit Regressmöglichkeit im Innenverhältnis anerkannt, falls die GmbH nicht zustande kommt (§ 4 BeVAGe III). Das sind alle Regelungen. Die Rechtsverhältnisse während des gesamten Vorstadiums sind also nicht geregelt. Wir könnten also unproblematisch die Differenzierung zwischen Vorgründungsstadium und dem Gründungsstadium einführen, und bei allen einzelnen Vorschriften des Gesellschaftsgesetzes überprüfen, ob sie analog auf die erst im Gründungsstadium befindliche Vor-GmbH angewandt werden können.

Außerdem benötigen die vorhandenen Vorschriften selber eine Novellierung, weil die ungleiche Behandlungsweise, je nachdem, ob der Geschäftsbetrieb im eigenen Namen oder namens der Vor-GmbH aufgenommen wird, kaum Zustimmung verdient. Der große Unterschied in der Risikoverteilung führt unzweifelhaft dazu, dass der Gründer lieber namens der Vor-GmbH handelt, um die

¹⁹⁶ Siehe auch das Urteil: 绍兴市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Shaoxing) , 浙江某装饰工程有限公司诉绍兴县都市春天某公司、柴某某装饰合同纠纷案。

¹⁹⁷ Siehe das Urteil: 北京市第一中级人民法院 (Das erste Volksgericht der Mittelstufe von Peking) , 闫林诉权金城特许经营纠纷案。

Geltendmachung eines Befreiungsanspruchs der Gesellschaft von den begründeten Verbindlichkeiten im Innenverhältnis zulasten der Mitgründer gehen zu lassen. Zudem ist ein tatbestandliches Festhalten an der Bezeichnung Vor-GmbH, wie es in der Justizbegründung fordert, sinnlos, weil es im Ergebnis keinen Unterschied machen soll, ob ein Gründer namens der Vor-GmbH oder der GmbH handelt. Sowohl den Justizbestimmungen als auch der Justizbegründung ist ohnehin nicht zu entnehmen, dass bei Verwendung der Bezeichnung GmbH keine unbeschränkte Gesellschafterhaftung gegeben ist.

Mit der aktuellen chinesischen Rechtslage wird es kaum unvereinbar sein, den deutschen Regelungsmodus einzuführen und die Gesellschaftssatzung nach deren Bestimmung für die Vor-GmbH gelten zu lassen. Es kann sich bei einer Rechtsfortbildung hier im Wesentlichen nur um eine Ergänzung und Konkretisierung handeln. Jedoch müsste die Vor-GmbH auf jeden Fall mehr sein als eine zivile Partnerschaft, wie sie das Oberste Volksgericht vorstellt.

2.3.4 Regelungszustand des Vorgründungsstadiums in China

2.3.4.1 Heranziehung des Partnerschaftsunternehmensrechts

Wenn die weitere Differenzierung des Vorstadiums einer GmbH, nämlich die Gegenüberstellung von Vorgründungsstadium und Gründungsstadium, ins chinesische Recht eingeführt wird, ist zunächst festzustellen, dass die Rechtslage des Vorgründungsstadiums in China, wo die entstandene Gründergesellschaft als zivile Partnerschaft angesehen wird, grundsätzlich erhalten bleibt. Parallel zum deutschen Recht sollte man sich nur fragen, ob das Partnerschaftsunternehmensrecht, das für ein Partnerschaftsunternehmen als eine spezielle Ausprägung von ziviler Partnerschaft gesetzt worden ist, zur Anwendung kommt, wenn die Gründergesellschaft bereits in dieser Phase „in die Dimension des Handelsgewerbes hinein wächst“¹⁹⁸.

Eigentlich wurden vor 1988 alle Partnerschaften, die für den „Betrieb“ zu irgendeinem Zweck gegründet werden, undifferenziert von den grundlegenden Regelungen aus der AGZ geregelt. Eine unternehmenstragende Partnerschaft hatte

¹⁹⁸ Windbichler, § 12 Rn. 6.

also nur einen Spezialfall¹⁹⁹ gebildet, bis das Partnerschaftsunternehmen in der „Versuchsweise durchgeführten Verordnung über Privatunternehmen “ als eine der drei Privatunternehmensformen²⁰⁰ anerkannt wurde (§§ 6 II, 8) und danach von dem diese Verordnung ersetzenden und 1997 vom Volkskongress erlassenen Partnerschaftsunternehmensgesetz seither weiter geregelt wurde. Mit anderen Worten, die Regelungen des Partnerschaftsunternehmensrechts legen den Partnerschaftsbegriff der AGZ zugrunde²⁰¹. Wenn die Rechtsprechung die Gründergesellschaft der GmbH im Allgemeinen als zivile Partnerschaft ansieht und dementsprechende Haftungsvorgaben gelten lässt, ist die Heranziehung des Partnerschaftsunternehmensgesetzes als eines Sonderrechts bei Rechtsanwendung auf solche Vorgründungsgesellschaften, die bereits ein Handelsgewerbe mitunternehmerisch betreiben, folgerichtig.

Zu beachten ist aber noch die in dem Gesetz angeordnete Registrierung, die ein Hindernis für die Heranziehung sein könnte (§ 9 I PUnGe). Anders als im deutschen Handelsrecht, wo die Registereintragung entweder „deklaratorisch “²⁰² oder „konstitutiv “²⁰³ ist, je nachdem, ob es sich dabei um einen „Istkaufmann “ (§

¹⁹⁹ So auch die Literatur: 王肃元 (Wang, Suyuan) , 任尔昕 (Ren, Erxin) , 第 57、80、81 页; 叶林 (Ye, Lin) , 叶敏 (Ye, Min) , 第 27 页。

²⁰⁰ Die 1988 verabschiedete Vorläufige durchgeführte Verordnung über die Privatunternehmen lässt als Privatunternehmen drei Unternehmensformen zu, nämlich Einzelpersonenunternehmen (§ 6 Nr. 1), Partnerschaftsunternehmen (§ 6 Nr. 2) und GmbH (§ 6 Nr. 3).

²⁰¹ So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu) , 第 4 页。

²⁰² MüKoHGB/K. Schmidt, § 1 Rn. 3.

²⁰³ MüKoHGB/K. Schmidt, § 1 Rn. 3.

1 II HGB) oder einen „Kannkaufmann“ (§§ 2, 3) handelt, hat sie hier unbestritten einen konstitutiven Charakter²⁰⁴. Der § 11 I PUnGe weist ausdrücklich darauf hin, dass ein Partnerschaftsunternehmen erst dann entsteht, wenn der Gewerbeschein des Partnerschaftsunternehmens ausgestellt wird. Trotzdem ist es nicht im Allgemeinen abzulehnen, passende Vorschriften des PUnGe analog auf die Vorgründungsgesellschaft anzuwenden²⁰⁵. Einerseits soll die Registrierung nicht aufgewertet werden. Nach einem Grundurteil²⁰⁶ des Oberen Volksgerichts der Provinz Jiangsu im Jahr 2007, das das Oberste Volksgericht als anleitendes Urteil landesweit veröffentlicht hat, hindert es die Anwendung des Partnerschaftsunternehmensrechts nicht, wenn das fragliche Unternehmen nicht als solches registriert ist. Zudem ist das Vorgründungsstadium nur eine Phase des Vorstadiums einer GmbH. Eine Registrierung kommt also wegen Unzweckmäßigkeit nicht in Betracht. Andererseits entspricht ein Rechtsformzwang auch dem Verlangen nach Rechtssicherheit, die die chinesische Literatur²⁰⁷ ebenfalls als Grundsatz des Handelsrechts einhellig anerkennt. Im Vergleich zu den AGZ und zum BeVAGe III, in denen es insgesamt nur sechs anwendbare Vorschriften gibt, bietet das Partnerschaftsunternehmensgesetz viel vollständigere Regelungen, die alle wesentlichen Rechtsfragen betreffen, von dem Partnerschaftsvermögen, der Geschäftsführung, der Beziehungen zu Dritten, dem Eintritt und Ausscheiden von

²⁰⁴ So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 8 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 140 页; 甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 33 页; 姚海放 (Yao, Haifang), 第 33 页。

²⁰⁵ Eine Gegenauffassung wird damit begründet, dass dies dazu führen würde, dass die Gründer eines Partnerschaftsunternehmens im Namen der Vor-GmbH das Handelsgewerbe betreiben, ohne die ansonsten gesetzlich erforderliche Registrierung herbeizuführen. Dazu siehe: 吴越 (Wu, Yue), 第 47 页。 Dem ist nicht zu folgen. Denn die Befürchtung der genannten Gefahr setzt die Gleichstellung des Partnerschaftsunternehmensrechts und des Vor-GmbH-Rechts voraus. In der vorliegenden Schrift wird allerdings der Aufbau eines Sonderrechts für die Vor-GmbH vertreten. Das Heranziehen des Partnerschaftsunternehmensrechts bezieht sich demnach nur auf die Vorgründungsgesellschaft sowie die unechte Vor-GmbH (dazu siehe 5.3). Zudem muss die Gründergesellschaft nach § 50 VAoVAAGZ ohnehin dem Partnerschaftsrecht unterstehen. Es besteht also keine Kausalität zwischen dem Heranziehen dieses Rechts und dieser Rechtsfolge. Zu dieser Begründung siehe auch: 王肃元 (Wang, Suyuan), 任尔昕 (Ren, Erxin), 第 83 页。

²⁰⁶ Siehe das Urteil: 江苏省高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Jiangsu), 南通双盈贸易有限公司诉镇江市丹徒区联达机械厂、魏恒聂等六人买卖合同纠纷案。 In diesem Urteil geht es um ein als Einpersonenunternehmen registriertes Unternehmen, das jedoch in der Form einer Partnerschaft errichtet und betrieben wird.

²⁰⁷ 范健 (), 王建文 (), 第 91 页; 周贤日 (), 第 139 页。

Partnern bis zur Auflösung und Abwicklung der Partnerschaft. Deshalb ist es zur Schließung von Regelungslücken und zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger notwendig²⁰⁸, eine Heranziehung dieses Gesetzes zu bejahen, sofern die gefundene Vorschrift, wie die Formel im deutschen Vor-GmbH-Recht für analoge Anwendung des GmbH-Rechts lautet, die Registrierung nicht voraussetzt. Darüber hinaus kommt diese hier vorgeschlagene analoge Anwendung des Partnerschaftsunternehmensrechts auch im Gründungsstadium für die Vor-GmbH in Betracht, falls eine unechte Vor-GmbH entsteht, die dem entwickelten Vor-GmbH-Recht nicht mehr unterstehen soll.

Jedoch könnten neben der erforderlichen Registrierung noch weitere Hindernisse auftauchen, nämlich wenn eine GmbH oder eine AG sich als Gründer an der GmbH-Errichtung beteiligen. Denn nach § 12 GeG dürfen sie kein Mitglied eines Unternehmensträgers sein, für dessen Verbindlichkeiten eine unbeschränkte Haftung droht. Im PUnG existiert ebenfalls ein solches Verbot²⁰⁹. Nach § 3 PUnG ist es staatseigenen Alleinkapitalgesellschaften, staatseigenen Unternehmen, Gesellschaften mit börsengängigen Anteilen, Institutionseinheiten, die öffentlichen Interessen dienen, und gesellschaftlichen Körperschaften verboten, gewöhnliche Partner zu sein, die gemäß § 2 II PUnG für Partnerschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften müssen. Diese beiden Vorschriften sollen, angesichts der Besonderheiten der Gründergesellschaft einer GmbH, in diesem Fall nicht gelten.

²⁰⁸ Eine ähnliche Auffassung vertritt, dass das Partnerschaftsunternehmensgesetz auf alle faktisch bestehenden Partnerschaften analog anzuwenden ist. Sie stützt sich auf „Ausnutzen rechtlicher Ressourcen“. Dazu siehe: 王肃元 (Wang, Suyuan), 任尔昕 (Ren, Erxin), 第 83 页。

²⁰⁹ Dieses Verbot haben die damaligen Gesetzgeber in zweierlei Hinsicht begründet. Zum einen geht es um den geschichtlich erklärbaren besonderen Schutz der staatseigenen Unternehmen vor der Gefahr, dass ihr Kapital wegen unzureichender Rechtskontrolle durch den möglichen Missbrauch der Geschäftsführungsmacht vermindert werden könnte; dazu siehe: 黄毅成 (Huang, Yicheng). Zum anderen sei der vermeintliche Widerspruch zu vermeiden, dass als GmbH und AG betriebene staatseigene Unternehmen einem Missverständnis zufolge nur beschränkt haften, während die Partner grundsätzlich unbeschränkt haften müssen; dazu siehe: 厉以宁, (Li, Yining)。

2.3.4.2 Kontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH

In dem BeoVAGe III bejaht das Oberste Volksgericht die Kontinuität zwischen der Gründergesellschaft zur GmbH-Errichtung und der GmbH. Es gibt also hinsichtlich der Übergangsfrage keine Unterscheidung des Vorgründungsstadiums vom Gründungsstadium. Diese Rechtslage soll unverändert bleiben. Das deutsche Recht leugnet zwar einen automatischen Übergang der begründeten Rechtsverhältnisse, aufgrund Wesensverschiedenheit zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH, lässt eine Schuldübernahme aber doch zu. Um eine unnötige Belastung der Vor-GmbH zu vermeiden, brauchen wir nur den Befreiungsanspruch, den das Oberste Volksgericht als Ausnahme für die entstandene GmbH anbietet, vorverlegt gelten zu lassen. Demnach kann die Vor-GmbH von einer Verbindlichkeit aus dem Vorgründungsstadium befreit werden, wenn sie mit Beachtung des Gutgläubigerschutzes auch die Beweislast dafür erfüllt, dass die zugrundeliegende Geschäftsaufnahme zwar namens der Vor-GmbH, aber nicht für die Gesellschaft, sondern für Rechnung des handelnden Gründers gehandelt wurde.

Im Folgenden wird unsere Diskussion sich auf das Gründungsstadium sowie die Vor-GmbH im Sinn des deutschen Rechts konzentrieren.

3. Das Binnenrecht der Vor-GmbH

3.1 Die Geschäftsführung und der Umfang ihrer Befugnisse

3.1.1 Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Geschäftsführung aufgrund des Gründungszweckes in Deutschland

Nach der herrschenden Meinung in Deutschland wird der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis durch den auf die Eintragung einer GmbH gerichteten Zweck der Vorgesellschaft begrenzt und umfasst daher grundsätzlich nur die gründungsnotwendigen Geschäfte. Ohne Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag oder Ermächtigungsbeschluss der Gesellschafter, nämlich die sogenannte Erweiterung des Zweckes der Vorgesellschaft, sind alle darüber hinausgehenden Betätigungen unerlaubt²¹⁰. Eine Gegenauffassung²¹¹ geht allerdings davon aus, dass der Zweck der Vorgesellschaft ohnehin „deckungsgleich mit dem der späteren GmbH“ sei. Diese These erlangt immer mehr Verbreitung²¹², mit dem Argument, dass die durch den Gründungszweck begründete Beschränkung der Geschäftsführung ursprünglich mit dem Vorbelastungsverbot zusammenhänge. Nach dessen Aufgabe und der Einführung der Verlustdeckungs- und Vorbelastungshaftung für Gründer überzeugt eine Rechtfertigung dieser Beschränkung unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr. Außerdem hat die Rechtsprechung beim Reichsgericht von Anfang an den Zweck der Vorgesellschaft nicht auf die Eintragung der GmbH begrenzt. Es hat nur die Identität zwischen beiden Rechtsgestaltungsformen, hinsichtlich der Rechtsverhältnisse aus nicht gründungsnotwendigen Geschäften, wegen des Vorbelastungsverbots, abgelehnt²¹³, und deshalb von Teilidentität gesprochen. Trotzdem soll nach dieser Gegenauffassung auch die Geschäftsführung auf diesen „Tätigkeitsrahmen“ beschränkt sein, weil die unbeschränkte Gründerhaftung, die an die Stelle des

²¹⁰ BGHZ 80, 129, 139; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 20; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 10; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 15; Raiser/Veil, Rn. 104.

²¹¹ K. Schmidt, GmbHR 1987, 77, 79; Scholz/K. Schmidt, Rn. 32.;

²¹² Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 10; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 12.

²¹³ Flume, 1971, S. 12.

Vorbelastungsverbots tritt, die Bindung der Geschäftsführer an eine Ermächtigung gebietet²¹⁴.

Demgemäß dürfen die Geschäftsführer bei Bargründungen ohne Weiteres alles zur Herbeiführung der Eintragung Erforderliche tun, während bei Sachgründungen wegen Bestand- und Werterhaltung der Sacheinlage eine erweiterte oder sogar unbeschränkte Geschäftsführungsbefugnis gegeben ist, die keine Zustimmung der Gründer braucht, dem Willen der Gründer aber unzweifelhaft entspricht²¹⁵. Für die Haftung der Geschäftsführer gilt bereits § 43 GmbHG wegen Sorgfaltspflichtverletzungen, soweit nicht § 9a als spezieller Tatbestand eingreift²¹⁶. Hier wird, wegen des Rechtsvergleichungszwecks dieser vorliegenden Schrift, der fakultativ (§ 52) oder nach Mitbestimmungsvorschriften obligatorisch zu bildende Aufsichtsrat im Gründungsstadium nicht berücksichtigt.

3.1.2 Geschäftsführung durch den Vorstand ohne Zweckbeschränkung in China

Nach dem chinesischen Gesellschaftsgesetz führt der Vorstand im Innenverhältnis die Geschäfte der GmbH. Er übt im Wege der Beschlussfassungen in der Vorstandssitzung seinen Willen aus. Die Art und Weise der Beratungen und der Beschlussverfahren wird von der Gesellschaftssatzung bestimmt, soweit das Gesellschaftsgesetz nichts anders vorsieht (§ 48 GeG). Darüber hinaus kann der Vorstand entscheiden, einen Geschäftsführer zu bestellen. Dieser ist ihm verantwortlich (§ 49).

Eine Beschränkung des Umfangs der Geschäftsführung könnte durch den Gründungszweck gegeben sein. Zum einen gilt das Verbot des Handelsgewerbes rechtlich noch (§ 3 II VGeRe). Zum anderen muss die zur GmbH-Erichtung entstandene Gründergesellschaft, die nach der ursprünglichen Konzeption des

²¹⁴ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 10; Scholz/K. Schmidt, Rn. 59.

²¹⁵ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 21; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 17, 24.

²¹⁶ BGH II ZR 114/ 85; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 20; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 9; MüKoGmbHG/Merkt, Rn 26.

Obersten Volksgerichts eine zivile Partnerschaft darstellt, einem Gründungszweck unterworfen sein. Die Aufnahme des unternehmerischen Tätigkeitsbetriebes würde zwar dem Gründerwillen wahrscheinlich nicht entgegenstehen, muss aber nicht unbedingt in dem Zweck, den alle Gründer beim anfänglich vollzogenen vertraglichen Zusammenschluss oder in einer Gründervereinbarung festgesetzt haben, enthalten sein. Jedoch wird eine solche Begründung nicht mehr überzeugen, wenn hier der Versuch unternommen wird, von einer aufgrund der Gesellschaftssatzung errichteten Vor-GmbH auszugehen und diese streng von der Vorgründungsgesellschaft zu unterscheiden.

In der Justizbegründung des Obersten Volksgerichts zu BeoVAGe III wird die Gesamtheit der Gründer zwar ausdrücklich als Gesellschaftsorgan speziell für „Tätigkeiten zur GmbH-Errichtung“ beschrieben²¹⁷, aber dem Wortlaut der einzelnen Justizbestimmungen (BeoVAGe III §§ 1-5) ist bei näherem Hinsehen kaum zu entnehmen, dass ein Tätigkeitsrahmen auch tatsächlich besteht²¹⁸. Mit anderen Worten, die vorhandenen Vorschriften erfüllen kaum die Forderung, eine Beschränkung zu erreichen, selbst wenn ein solches Ziel gesetzt wurde. Einer Erklärung bedarf jedoch noch der Wortlaut des § 2 I, wo der Ausdruck „aus dem Zweck der GmbH-Errichtung“ verwendet wird. Man soll diesen Ausdruck hier nicht als Beschreibung eines Tatbestandes verstehen und von ihm darauf schließen, dass die Gründergesellschaft nicht durch Rechtsverhältnisse aus den nicht gründungsnotwendigen Geschäften berechtigt und verpflichtet werden kann²¹⁹. Dies ist in zweierlei Hinsicht zu begründen. Einerseits behandelt diese Vorschrift eigentlich die Zurechnungsfrage der aus vorzeitiger Geschäftsaufnahme resultierenden Rechtsverhältnisse, zu der der Gründer im eigenen Namen gehandelt hat, während der § 3 I, der parallel an § 2 I schließt, sich dagegen auf die Rechtsverhältnisse wegen Geschäftsaufnahme im Namen der errichteten GmbH

²¹⁷ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 34 页。

²¹⁸ Eine andere Auffassung meint, dass die Justizbestimmungen sich speziell auf die Rechtsverhältnisse wegen vorzeitiger Geschäftsaufnahme beziehen, von der die gründungsnotwendigen Tätigkeiten bereits ausgeschlossen werden, weils diese ohne weiteres die Vor-GmbH berechtigen und verpflichten. Dazu siehe: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 7 页。Dieser Ansicht ist aus den hier gegebenen Begründungen nicht zu folgen.

²¹⁹ Die Gegenauffassung siehe: 何侃 (He, Kan), 第 40 页。

bezieht und in dem es doch keine ähnliche Formulierung mehr gibt. Im letzteren Fall trägt die Gründergesellschaft unmittelbar die damit entstandenen Rechtsverhältnisse, die grundsätzlich mit Registrierung der Gesellschaft auf die GmbH übergehen. Andererseits könnte es gegen eine Zweckbeschränkung des Umfangs der Geschäftsführung sprechen, dass nach § 2 I der Übergang der fraglichen Rechtsverhältnisse allein vom Willen der GmbH abhängt. Die Tatsache, dass die den übergegangenen Rechtsverhältnissen zugrundeliegende Geschäftsaufnahme über den Errichtungszweck hinausgeht, stellt kein Hindernis einer Übernahme dar. Vielmehr ist der Justizbegründung zu BeoVAGe III²²⁰ nach danach zu fragen, ob der fragliche Geschäftsbetrieb für die Rechnung der Gesellschaft aufgenommen wurde. Diesen Gedanken belegt auch die rechtlich angeordnete Ausnahme (§ 3 II) von der allgemeinen Zurechnung der namens der errichteten GmbH geschlossenen Geschäfte. Nach dieser Vorschrift darf die GmbH von den namens der Vor-GmbH begründeten Verbindlichkeiten befreit werden, wenn sie mit Beachtung des Schutzes der Gutgläubiger auch die Beweislast dafür erfüllt, dass dieses abgeschlossene Geschäft nicht für ihre Rechnung, sondern für die des handelnden Gründers aufgenommen wurde. Ob das betreffende Geschäft über den Umfang des gründungsnotwendigen Geschäfts hinausgeht, interessiert hier nicht. Zudem lehrt die deutsche Erfahrung, dass eine eindeutige Trennung zwischen gründungsnotwendigen und den sonstigen Geschäftstätigkeiten nicht möglich ist²²¹.

Fraglich ist aber, ob man eine Beschränkung des Geschäftsführungsumfangs wie in Deutschland einführen soll. Eine mögliche Rechtfertigung könnte ebenfalls die unbeschränkte Gründerhaftung sein. Obwohl die Justizbestimmungen eine Gründerhaftung nur für den Fall anordnen, dass die GmbH nicht zustande kommt (§ 4 I), würde die Annahme, dass die Gründer im Gründungsstadium auch unbeschränkt haften, nicht gegen die gegenwärtige Rechtslage verstoßen, weil das

²²⁰ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 38 页; dazu auch die Literatur: 吴庆宝 (Wu, Qingbao), 最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题 (公司裁判指导卷) (增订版) (Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht) (Band zum Gesellschaftsrecht) (erweiterte Auflage), 第 75 页.

²²¹ Dilcher, 92.

Oberste Volksgericht die Gründergesellschaft ohnehin als eine zivile Partnerschaft ansieht, für deren Verbindlichkeiten die Partner nach analoger Anwendung des § 35 II AGZ sowie des § 2 III PUnG unbeschränkt haften müssen. Selbst wenn wir von der hier vertretenen Neukonzeption der Vor-GmbH ausgehen, könnte sich die unbeschränkte Gründerhaftung auch auf die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts und Handelsrecht stützen, weil eine Haftungsbeschränkung entweder gesetzliche Bestimmungen oder Vereinbarungen mit dem Vertragspartner voraussetzt. Ohne erfolgte Registrierung der Gesellschaft findet § 3 II GeG zur Haftungsbeschränkung keine Anwendung. Zur Form der Haftungsinanspruchnahme und zum Zeitpunkt ihrer Geltendmachung kommen wir später.

3.2 Beschlüsse der Gesellschafter

3.2.1 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in Deutschland

Die Gesamtheit der Gesellschafter ist das oberste Organ der Vor-GmbH. Regelmäßig üben sie im Wege der Beschlussfassung in der Versammlung ihren Willen aus. Die Bestimmungen über Aufgabenkreis (§ 46 GmbHG) sowie über Einberufung und Abhaltung der Versammlung (§§ 48-51 GmbHG) sind entsprechend anwendbar, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht. Das in § 47 I GmbHG geregelte Mehrheitsprinzip gilt schon für die Vor-GmbH, insbesondere für Bestellung (§ 6 III GmbHG) sowie Abberufung der Geschäftsführer und für die Geschäftsführung in allen laufenden Angelegenheiten²²². Die von einer Minderheit vertretene Gegenansicht fordert dagegen, wegen der unbeschränkten Gründerhaftung, die Anwendung des Einstimmigkeitsprinzips für alle die Geschäftsführung betreffenden Angelegenheiten²²³. Die Gesellschafter der Vor-GmbH haben analog, nach §§ 51a, 51b GmbHG, ein Auskunfts- und Einsichtsrecht gegenüber den Geschäftsführern.

²²² MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 31; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 22; Raiser/Veil, Rn. 103.

²²³ Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 15; Zöllner, 1421.

Satzungsänderungen brauchen im Gründungsstadium keine Eintragung (Unanwendbarkeit von § 54 III GmbHG), sondern nach herrschender Meinung nur die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (Unanwendbarkeit von § 53 II) und eine notarielle Beurkundung, soweit dem Gesellschaftsvertrag nichts anders zu entnehmen ist²²⁴. Bei Anmeldung ist die geänderte Satzung einzureichen bzw. bei bereits erfolgter Anmeldung nachzureichen. Die Begründung stützt sich darauf, dass der Gesellschaftsvertrag noch nicht durch Eintragung eine körperschaftliche Satzung geworden sei²²⁵. Die Gegenmeinung²²⁶, wonach gemäß § 53 II ein Mehrheitsbeschluss mit notarieller Beurkundung genügt, geht davon aus, dass die Vor-GmbH bereits Körperschaftstruktur aufweise und die Satzung deren Grundlage darstelle. Allerdings soll der so gefasste Beschluss, nach dieser im Schrifttum vertretenen Ansicht, wegen der Rechtssicherheit gemäß § 54 III erst mit der Eintragung wirksam werden²²⁷. Danach kommt den Gesellschaftern ein Wahlrecht zu zwischen einstimmiger Satzungsänderung mit sofortiger Wirksamkeit und Mehrheitsbeschluss mit aufgeschobener Wirksamkeit.

Das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter mit notarieller Beurkundung gilt auch für den Gesellschafterwechsel, das Ausscheiden und den Beitritt eines Gesellschafters im Gründungsstadium²²⁸. Möglich ist die Zustimmung daher jedenfalls durch einen von allen Gründern geschlossenen, notariell beurkundeten satzungsändernden Vertrag²²⁹. Auf einen fehlerhaften Gesellschafterwechsel in der Vor-GmbH finden die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft keine Anwendung²³⁰. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters kommt die Anwendung der Norm über Kapitalherabsetzung (§ 58) nicht in Betracht²³¹.

²²⁴ MünKoGmbHG/Merkt, Rn. 33, 34; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 8; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 22; Raiser/Veil, Rn. 103.

²²⁵ Ulmer/Habersack Rn. 47; Ulmer/Löbbe § 2 Rn. 24.

²²⁶ Priester, ZIP 1987, 280, 283; Scholz/K. Schmidt, Rn. 57; Schmidt, GmbHR 1987, 77, 83.

²²⁷ Scholz/K. Schmidt Rn. 57; K. Schmidt, GmbHR 1987, 77, 83.

²²⁸ Zum Ausscheiden: BGHZ 21, 242, 246; zum Beitritt: BGHZ 15, 204, 206; zum Gesellschafterwechsel: BGH II ZR 409/02; BGHZ 29, 300, 303; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 63; Ulmer/Habersack, Rn. 48. MünKoGmbHG/Merkt, Rn 36; Raiser/Veil, Rn. 103; Lohr, 117.

²²⁹ BGHZ 15, 204, 206; BGHZ 21, 242, 245f; BGHZ 29, 300, 303 (Hinweis aus MünKoGmbHG/Merkt).

²³⁰ Manger, 356; MünKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 37.

²³¹ MünKoGmbHG/Merkt, Rn. 38.

Von dem Gesellschafterwechsel und dem Ausscheiden eines Gesellschafters zu unterscheiden ist die Anteilsübertragung, die nach herrschender Meinung²³² im Gründungsstadium nicht möglich ist, weil noch keine übertragbaren Geschäftsanteile existieren (Unanwendbarkeit von § 15). Zulässig ist nur die Übertragung unter aufschiebender Bedingung²³³. In der Rechtsprechung wird teilweise versucht, die notariell beurkundete Vereinbarung der Anteilsübertragung, an der alle Gesellschafter beteiligt sind, in einen satzungsändernden Vertrag umzudeuten²³⁴. Manche Autoren gehen dagegen davon aus, dass übertragbare Geschäftsanteile schon nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages bestehen, und halten also die Anteilsübertragung gemäß § 15 schon vor Eintragung für zulässig²³⁵. Dafür spreche weiter die Zulassung der Einpersonen-Gründung (GmbH-Novelle 1980), deretwegen die Strohmanngründung überflüssig geworden sei, auf der die herrschende Meinung beruhe²³⁶. Allerdings sei Schutz der Mitgesellschafter hinsichtlich der möglichen Ausfallhaftung (§ 24) aus Gründerhaftung für Gesellschaftsschulden immer noch erforderlich. Deshalb wird von Einigen vertreten, die Wirksamkeit der Anteilsabtretung gemäß § 15 von der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter abhängig zu machen, wenn keine Zulassung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen wird²³⁷. Also sei eine dem § 15 V GmbHG entsprechende Vereinbarung nicht nötig.

3.2.2 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in China

Die Gesellschafterversammlung ist nach entsprechender Anwendung des § 36 das „machthabende Organ“ (chinesischer Ausdruck) der Vor-GmbH. Sie übt die

²³² BGH II ZR 409/02; Ulmer/Habersack, Rn. 14, 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 63; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 13.

²³³ BGH II ZR 409/02; Ulmer/Habersack, Rn. 14, 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 63.

²³⁴ BGHZ 134, 333, 334f.

²³⁵ Scholz/K. Schmidt Rn. 50; K. Schmidt, GmbHR 1997, 869 ff.; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 18; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 40.

²³⁶ BGHZ 21, 378, 383; Scholz/K. Schmidt, Rn. 50.

²³⁷ Scholz/K. Schmidt Rn. 49; K. Schmidt, GmbHR 1997, 870.

Amtsbefugnisse normalerweise in der Versammlung aus. Falls in den zu entscheidenden Angelegenheiten ein einhelliges Einverständnis gemäß § 37 II GeG schriftlich erzielt wird, so genügt, ähnlich wie in § 48 II GmbHG, ein von sämtlichen Gesellschaftern unterschriebener und gesiegelter Beschluss. Es braucht also keine Versammlung abgehalten zu werden. Hinsichtlich der im Gründungsstadium vorzunehmenden Bestellung des gesetzlichen Repräsentanten gilt § 38 GeG ohne weiteres für die Vor-GmbH, der die erste Gesellschafterversammlung regelt. Demnach soll der Gesellschafter mit der größten Einlage sie einberufen und leiten, weil der Vorstand oder ggf. der geschäftsführende Vorsteher sowie der optional bestehende Geschäftsführer noch in dieser zu bestellen sind. Die Bestimmungen über die Einberufung und Abhaltung der ordentlichen und außerordentlichen Gesellschafterversammlungen (§§ 39-41 GeG) und über deren Aufgabenkreis (§ 37 I GeG) sind entsprechend anwendbar. Jedoch fehlt bei uns eine Vorschrift wie § 45 GmbHG. Deswegen ist es bislang strittig²³⁸, ob Abweichungen von den in § 37 I GeG geregelten Befugnissen durch Gesellschaftssatzung erlaubt sind. Diese Vorschrift des § 37 I ist auf die seit 1978 durchgeführte chinesische Reform- und Öffnungspolitik zurückzuführen. Eine klare Kompetenzverteilung hatte danach bewirken sollen, dass die kommunalen Regierungen nicht in die Geschäftsführung der Privatunternehmen - während es landesweit noch überwiegend staatseigene Unternehmen gab - willkürlich eingreifen konnten²³⁹. Nach §§ 41, 42 GeG ist den Gesellschaftern durch Festlegung der Gesellschaftssatzung zu überlassen, wie der Beschluss gefasst wird, sofern nicht über die in § 43 II GeG genannten Angelegenheiten zu entscheiden ist. Für solche bedarf eine Entscheidung der Gesellschafter in der Versammlung mindestens zwei Drittel der Stimmen. Auch die Gesellschafter der Vor-GmbH haben analog zu § 33 GeG ein Einsichtnahmerecht.

Satzungsänderungen brauchen vor dem Antrag auf Registrierung keine Eintragung (Unanwendbarkeit von § 12 II GeG). Eine Entscheidung über sie bedarf grundsätzlich der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Ob und inwieweit die Gesellschaftssatzung davon abweichen darf, ist fraglich, weil dies nach §§ 42, 43 II

²³⁸ 王军 (Wang, Jun) , 第 217 页。

²³⁹ 王军 (Wang, Jun) , 第 218 页; So auch die Gesetze: 《股份有限公司规范意见》 (Standards für die Aktiengesellschaft) (1992) 《有限责任公司规范意见》 (Standards für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) (1992) 《全民所有制工业企业法》 (Das Recht für das volkseigene Industrieunternehmen) (1998) 。

GeG nicht zum Bereich der Vertragsfreiheit gehört. Trotzdem sollte meines Erachtens eine speziell für die Vor-GmbH vereinbarte Abweichung rechtlich anerkannt werden, die eine strengere Anforderung als zwei Drittel der Stimmen, wie § 43 II GeG fordert, stellt. Diese Meinung ist mit dem Gedanken im deutschen Vor-GmbH-Recht zu begründen, dass die Gesellschaftssatzung ohne Registrierung noch keine körperschaftliche Satzung geworden ist. Deshalb ist auch aus dieser Ansicht in der deutschen Literatur zu folgern, dass ein Beschluss gemäß § 43 II GeG genügt, soweit er unter einer aufschiebenden Bedingung wirken soll. Beim Antrag auf Registrierung ist die geänderte Satzung einzureichen bzw. bei bereits gestelltem Antrag nachzureichen.

Parallel zum deutschen Recht gilt das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter auch für den Gesellschafterwechsel, für das Ausscheiden und den Beitritt eines Gesellschafters im Gründungsstadium. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters kommt § 177 GeG über Kapitalherabsetzung nicht in Betracht²⁴⁰.

Fraglich ist die Anwendbarkeit des § 71 GeG über Anteilsübertragung. Ungeachtet der Problematik, wann die übertragbaren Geschäftsanteile entstehen, lässt sich eine Verneinung schon dadurch rechtfertigen, dass der Schutz der Mitgesellschafter hinsichtlich der möglichen Ausfallhaftung noch zu beachten ist. Deshalb braucht eine Anteilsübertragung grundsätzlich die Zustimmung aller Gesellschafter. Die Mehrheit der Stimmen gemäß § 71 II genügt also nicht. Zu beachten ist, dass das Gesellschaftsgesetz nur eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für den Fall der nicht unwesentlich überwerteten Sacheinlage vorschreibt (§ 30). Eine Ergänzung zu der Regelung der Aufbringung der sonstigen Fehlbeträge nahm erst das Oberste Volksgericht in den Justizbestimmungen vor (§ 13 III BeVAGe III). Trotzdem soll eine Sondervereinbarung der Gründer Vorrang haben (§ 73 IV), denn in diesem Fall entfällt der zu berücksichtigende Schutz der Mitgesellschafter. Zulässig ist noch eine Übertragung unter aufschiebender Bedingung, da eine Beschränkung dann keinen Sinn hat.

²⁴⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 38.

3.3 Zurechnung des aufgebrachtten sowie erworbenen Vermögens

3.3.1 Gesamthandsvermögen in Deutschland

Das Gesellschaftsvermögen wird wegen erforderlicher Mindesteinlagen gemäß § 7 I, II sowie durch den rechtsgeschäftlichen Erwerb schon vor der Eintragung gebildet²⁴¹. Nach herrschender Meinung entsteht durch die Leistung der Einlagen ein Gesamthandsvermögen²⁴². Anders als diese Ansicht vertreten manche, das Gesellschaftsvermögen als ein Sondervermögen eigener Art zu behandeln²⁴³. Damit wird das Problem vermieden, das speziell bei der Einpersonen-Vorgesellschaft auftritt, dass keine Gesamthandsgemeinschaft existiert.

3.3.2 Unternehmen als Träger des Vermögens in China

In der chinesischen Literatur wird selten über das im Gründungsstadium einer GmbH gebildete Gesellschaftsvermögen diskutiert. Jedoch sind in der Literatur schon Meinungen über das Vermögen einer Partnerschaft sowie eines Partnerschaftsunternehmens entstanden, die auch für unseren Zusammenhang relevant sind, wenn man davon ausgeht, dass die Rechtsprechung bei der rechtlichen Behandlung die Vor-GmbH einer Partnerschaft gleichsetzt.

Nach dem § 32 AGZ wird das Partnerschaftsvermögen in zwei Teile gegliedert. Den einen Teil bildet das von den Partnern eingebrachte Vermögensgut, das von den Partnern zusammengefasst verwaltet und gebraucht werden soll (§ 32 I AGZ), während das im Betrieb der Partnerschaft erwirtschaftete Vermögensgut den anderen Teil bildet, an dem alle Partner Miteigentümer sind (§ 32 II AGZ). Das Eigentum des Stammkapitals ist also ungeregelt. Zu dieser Frage geht eine Auffassung davon aus, dass der Partner der Eigentümer bleibt, während eine Gegenfassung ein gemeinschaftliches Vermögen sämtlicher Partner vertritt. Eine

²⁴¹ Raiser/Veil, Rn. 105.

²⁴² BGHZ 80, 129, 135; Ulmer/Habersack, Rn. 41; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 7.

²⁴³ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 61; Rittner, 321 f.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 35; Raiser/Veil, Rn. 105.

vermittelnde Auffassung²⁴⁴ meint, dass dies von den Partnern in der Partnervereinbarung zu bestimmen ist.

Ein Ansichtswandel vollzog sich im Partnerschaftsunternehmensgesetz 1997, wobei das Partnerschaftsunternehmen als Rechtsträger des Partnerschaftsvermögens anerkannt wird (§ 8 a. F. PUnG). Es benützt nicht nur den Ausdruck „das Vermögen des Partnerschaftsunternehmens“ als Überschrift des 3. Kapitels (a. F. PUnG), sondern äußert auch genauer im § 19 a. F., dass die Einlagen der Partner und die im Namen des Partnerschaftsunternehmens erlangten Erträge und sonstigen Vermögensgegenstände dem Partnerschaftsunternehmen zustehen²⁴⁵. Einen weiteren Beleg²⁴⁶ für die klare Trennung zwischen Unternehmensvermögen und eigenem Vermögen des Partners, der sich nicht auf rhetorische Argumentation beschränkt, bildet die Vorschrift des § 38 PUnG, wonach zur Befriedigung des Partnerschaftsunternehmensgläubigers vorrangig auf das Vermögen des Partnerschaftsunternehmens zugegriffen werden muss. Eine unmittelbare Inanspruchnahme des persönlichen Vermögens eines Partners ist also ausgeschlossen. Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass wohl nicht die Partner in der Verbundenheit, sondern das Partnerschaftsunternehmen der Rechtsträger ist²⁴⁷.

Allerdings soll das Vermögen bei einer zivilen Partnerschaft, die kein Handelsgewerbe mitunternehmerisch betreibt, nicht in gleicher Weise betrachtet werden²⁴⁸, da ihre Verselbständigung dafür wohl nicht genügt. Als ein Beleg ist die differenzierte Behandlung hinsichtlich ihrer Parteifähigkeit anzuführen, die die Rechtsprechung schon seit 1998 kennzeichnet. Die anfänglich getroffene Unterscheidung stützte sich darauf, ob die zivile Partnerschaft über eine Firma

²⁴⁴ 贾桂茹 (Jia, Guiru) , 杨丽 (Yang, Li) , 薛荣革 (Xue, Rongge) , 第 145-146 页; 王利明 (Wang, Liming) , 第 61 页。

²⁴⁵ So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu) , 第 8 页; 周贤日 (Zhou, Xianri) , 第 145 页。

²⁴⁶ So auch die Literatur: 王肃元 (Wang, Suyuan) , 第 85 页; 叶林 (Ye, Lin) , 叶敏 (Ye, Min) , 第 27 页。

²⁴⁷ Zu dieser Auffassung auch die Literatur: 甘培忠 (Gan, Peizhong) , 第 64 页; 王肃元 (Wang, Suyuan) , 第 86 页; 叶林 (Ye, Lin) 、叶敏 (Ye, Min) , 第 29 页; 周贤日 (Zhou, Xianri) , 第 145 页。Eine Gegenauffassung geht zwar von einem Unternehmensvermögen aus, meint aber, dass dessen Rechtsnatur ungeklärt bleibt. Dazu siehe: 苏号朋 (Su, Haopeng) , 第 39 页; 王保树 (Wang, Baoshu) , 第 8 页; 任尔昕 (Ren, Erxin) , 田国平 (Tian, Guoping) , 第 48 页。

²⁴⁸ So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu) , 第 10 页。

verfügt. Denn bei Partnerschaften, die eine Firma verwandten, musste im Zivilprozess die registrierte Firma, die rechtlich geprüft und genehmigt worden war, als Prozesspartei und der Verantwortliche der Partnerschaft als Prozessrepräsentant behandelt werden (VAoVAAGZ § 45 I), während bei anderen Partnerschaften sämtliche Partner Streitgenossen im Sinn des § 53 II ZPG (VAoVAAGZ § 45 II) waren. Diese These wurde im Jahr 1992²⁴⁹ aktualisiert, weil inzwischen das Partnerschaftsunternehmen, das an die Stelle der mit einer Firma betriebenen Partnerschaft trat, rechtlich anerkannt wurde. Diese Form steht also nunmehr im Vordergrund für Gründer, die ein Handelsgewerbe mitunternehmerisch betreiben wollen. Demgemäß wird das Partnerschaftsunternehmen nach der neu formulierten These gegenüber allen anderen Partnerschaften im Sinn des allgemeinen Zivilrechts besser gestellt und privilegiert²⁵⁰. Bei den letzteren sind im Zivilprozess nämlich immer die sämtlichen Partner Streitgenossen, ohne dass unterschieden würde, ob eine Firma verwendet wird oder nicht. Ob sie vorliegt, wird nur in den Rechtsurkunden angegeben (§ 47 AnVFAAnZPG). Dagegen ist das Partnerschaftsunternehmen im Zivilprozess immer als Prozesspartei zu behandeln (§ 40 Nr. 1 AnVFAAnZPG).

Nach dem Gesagten ist klar, dass das Partnerschaftsunternehmen eine deutliche Aufwertung erfahren hat. Es hat zwar keine rechtliche Gleichstellung mit einer natürlichen Person oder einer juristischen Person, die zuerst in den AGZ (§§ 9, 36 I AGZ) und danach im neu verabschiedeten Allgemeinen Teil des Zivilrechts als eigenständige Rechtssubjekte behandelt werden (§§ 13, 57), gehört aber zu den Organisationen anderer Art im Sinn des § 102 I ATZ, deren Rechtsträgerschaft nach dem systematischen Verständnis dieses Gesetzes sich eigentlich nicht von denen der beiden genannten Rechtsfiguren unterscheidet. Das werde ich später begründen.

²⁴⁹ Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung des Zivilprozessgesetzes, 1992.

²⁵⁰ Eine wohl herrschende Auffassung vertritt, dass die registrierte Partnerschaft als eine nach außen auftretende Organisation zu unterstellen ist, während die übrigen Formen jeweils nur eine Gesamtheit der schuldrechtlichen Beziehungen unter den Partnern darstellen. In der Terminologie wird die organisierte Partnerschaft der vertraglichen Partnerschaft gegenüber gestellt. Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu) , 第 5 页; 吕来明 (Lv, Laiming) , 向红芳 (Xiang, Hongfang) , 陈峰 (Chen, Feng) , 第 53 页.

3.4 Auflösung der Vor-GmbH

3.4.1 Auflösung der Vor-GmbH in Deutschland

Im Deutschen Recht führt die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister zu einem Formwechsel, nicht zur Auflösung. Sie besteht als GmbH mit dem Vermögen und den Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft fort²⁵¹. Der Fortfall der Eintragungsabsicht der Gründer und eine dennoch stattfindende Fortsetzung der Geschäftstätigkeit machen die Vorgesellschaft durch Formzwang zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG, einer sogenannten unechten Vorgesellschaft²⁵². Hieraus ergibt sich ebenfalls kein Auflösungsgrund.

Dagegen führt die gültige Ablehnung des Eintragungsantrages zur Auflösung der Vor-GmbH²⁵³. Nach der herrschenden Meinung beruht dies auf der analogen Anwendung von § 726 BGB, da der Zweck der Vor-GmbH, die Eintragung herbeizuführen, nicht mehr zu erreichen ist²⁵⁴. Weitere Auflösungsgründe sind, analog § 60 I Nr. 1, der Ablauf einer im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeit²⁵⁵; analog § 60 I Nr. 2, der Beschluss der Gründer²⁵⁶; analog §§ 60 I Nr. 3, 61, das Auflösungsurteil²⁵⁷ sowie analog § 60 I Nr. 4, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Vor-GmbH²⁵⁸ bzw. die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse analog § 60 I Nr. 5²⁵⁹. Für den Beschluss der

²⁵¹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 42; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 36; Ulmer/Habersack, Rn. 90.

²⁵² Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 37; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 42.

²⁵³ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 172; Raiser/Veil, Rn. 106.

²⁵⁴ Ulmer/Habersack, Rn. 52; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 41; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 172.

²⁵⁵ Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Passarge, 646, 647.

²⁵⁶ Ulmer/Habersack, Rn. 53; Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 41; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30.

²⁵⁷ Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Gegenauffassung: Ulmer/Habersack, Rn. 53.

²⁵⁸ Ulmer/Habersack, Rn. 53; Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66. Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 37; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 23.

²⁵⁹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 23.

Auflösung soll nach herrschender Meinung analog § 60 I Nr. 2 eine Dreiviertelmehrheit genügen²⁶⁰, weil die Minderheitsmeinung den Mehrheitsbeschluss zur Auflösung, der nach einer Eintragung stattfinden muss, nicht hindert.

Die Auflösung der Vor-GmbH ist aus wichtigem Grund möglich. Umstritten ist, ob hierzu eine Auflösungsklage gemäß § 61 erforderlich ist oder lediglich eine Kündigung gemäß § 723 I BGB genügt. Manche²⁶¹ halten ein Urteil nicht für geboten, da die Anwendung von § 61 die Eintragung voraussetze und damit die Besonderheiten der Vorgesellschaft nicht berücksichtige. Die anderen²⁶² gehen dagegen von der Notwendigkeit einer Auflösungsklage aus, da der Gesetzgeber diese, wie auch aus § 133 HGB hervorgehe, bei Handelsgesellschaften vorziehe. Zudem könne allein im Gesellschaftsvertrag eine Abweichung vom Gesetz erreicht werden.

Tod sowie Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Mitgesellschafters bilden keine gesetzlichen Auflösungsgründe²⁶³. Aus ihnen kann sich aber ein Grund für die übrigen Gesellschafter zur außerordentlichen Kündigung ergeben²⁶⁴.

3.4.2 Auflösung der Vor-GmbH in China

Die Registrierung einer Gesellschaft soll nach dem Vorbild des deutschen Vor-GmbH-Rechts als ein Formwechsel beurteilt werden. Sie besteht also als GmbH mit dem Vermögen und den Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft fort. Die

²⁶⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 33; Ulmer/Habersack, Rn. 53; Flume, FS Geßler, S. 29; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Scholz/K. Schmidt Rn. 64; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 30.

²⁶¹ BGHZ 169, 270, 275 ff; Ulmer/Habersack, Rn. 53; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 30; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 23.

²⁶² Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 44.

²⁶³ RGZ 82, 288, 290 f; Ulmer/Habersack, Rn. 54; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 67; Scholz/K. Schmidt Rn. 64; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 37; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 45.

²⁶⁴ Ulmer/Habersack, Rn. 54; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 45.

Kontinuität zwischen Vor-GmbH und registrierter GmbH wird von der Rechtsprechung nicht infrage gestellt (§ 3 I BeoVAGe III).

In den Justizbestimmungen wird nur für den Fall, in dem die GmbH nicht zustande kommt, eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung bestimmt (§ 4 BeoVAGe III). Auflösungsgründe werden nicht erwähnt. Deshalb können wir diese nur aus den entsprechenden Regelungen des Partnerschaftsrechts analog herleiten. Da die zivile Partnerschaft im AGZ ebenfalls nur in knapper Form geregelt wird, ist zur analogen Anwendung wiederum das Partnerschaftsunternehmensgesetz heranzuziehen.

Danach kann vor allem die gültige Ablehnung des Registrierungsantrages ein Auflösungsgrund sein, da der Zweck der Gründergesellschaft nach analoger Anwendung des § 85 Nr. 5 PUnG nicht mehr zu erreichen ist. Weitere Auflösungsgründe sind analog § 85 Nr. 1 der Ablauf einer vereinbarten Frist, analog § 85 Nr. 2 der Eintritt eines festgelegten Auflösungsgrundes. Nach § 180 Nr. 2 bildet der Beschluss der Gesellschafter auch einen Auflösungsgrund. Diese Bestimmung ist analog anwendbar. Für den Beschluss der Auflösung soll jedoch eine Zweidrittelmehrheit gemäß § 43 II GeG bereits genügen, da, entsprechend der Begründung beim deutschen Vor-GmbH-Recht, die Durchsetzung der Minderheitsmeinung hinsichtlich eines Auflösungsbeschlusses nach der Registrierung sinnlos ist.

Für die Frage, ob eine Vor-GmbH aus einem wichtigen Grund, der nicht im voraus vereinbart worden ist, aufgelöst werden kann, bietet weder das Partnerschaftsrecht noch das Partnerschaftsunternehmensrecht Anhaltspunkte an. Eine rechtlich relevante Vorschrift gibt es im Gesellschaftsgesetz, wonach die Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, eine Auflösungsklage erheben dürfen, sofern bei der Geschäftsführung der Gesellschaft große Schwierigkeiten auftreten, so dass eine Fortführung der Gesellschaft die Interessen der Gesellschafter erheblich schädigen könnte, und sich keine andere Lösung findet (§ 180). Dies ist analog auf die Vor-GmbH anzuwenden.

Tod bildet keinen gesetzlichen Auflösungsgrund. Nach analoger Anwendung des § 50 PUnG wird der Vermögensanteil des beerbten Gesellschafters seinem Erben nur erstattet, falls der Erbe die Eigenschaft eines Gesellschafters dieser errichteten GmbH nicht erlangen kann.

3.5 Liquidation der Vor-GmbH

3.5.1 Liquidation der Vor-GmbH in Deutschland

Nach herrschender Meinung ist die Vor-GmbH im deutschen Recht, mit Ausnahme der Einpersonen-Vorgesellschaft, nach Auflösung zu liquidieren. Früher waren in der Rechtsprechung²⁶⁵ die Vorschriften §§ 730 ff BGB anzuwenden, wonach die Liquidation durch sämtliche Gesellschafter gemeinsam zu erfolgen hatte, weil die Vor-GmbH noch keine juristische Person sei, und deshalb an der Liquidation auch noch kein öffentliches Interesse bestehe. In neuerer Rechtsprechung²⁶⁶ gelangt die Gegenansicht²⁶⁷ zur Herrschaft, wonach die Liquidation analog §§ 66 ff zu erfolgen habe, sofern diese die Eintragung nicht voraussetzen. So werde der Gläubigerschutz dadurch berücksichtigt, dass die Abwicklung durch den Geschäftsführer statt die Gesellschafter, die unbeschränkt haften, erfolge²⁶⁸. Entsprechend tritt die im Grundurteil²⁶⁹ anerkannte Unterbilanzhaftung an die Stelle der allgemeinen Nachschuss- und Verlustausgleichspflicht gemäß §§ 735 BGB .

3.5.2 Liquidation der Vor-GmbH in China

Die Vor-GmbH soll, wie im deutschen Vor-GmbH-Recht, nach Auflösung liquidiert werden²⁷⁰. Gegensätzliche Meinungen hinsichtlich des Liquidators können vermieden werden, da sowohl das Partnerschaftsunternehmensgesetz als auch das Gesellschaftsgesetz bestimmen, dass die Liquidation durch sämtliche Verbandsmitglieder erfolgt (§ 86 I PUnG, § 183 GeG). Die neue geschaffene

²⁶⁵ BGHZ 51, 30, 33; BGHZ 86, 122, 127; Riedel, GmbHR 1973, 220; Fleck, ZGR 1975, 215.

²⁶⁶ BGHZ 169, 270, 281.

²⁶⁷ Scholz/K. Schmidt, Rn. 65; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 69; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 59; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 46; Raiser/Veil, Rn. 106.

²⁶⁸ Ulmer/Habersack Rn. 55; Rittner, S. 349 f.; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 46.

²⁶⁹ BGHZ 134, 333 ff.

²⁷⁰ 江必新 (Jiang, Bixin) , 何东宁 (He, Dongning) , 第 2 页。

Vorschrift § 70 II ATZ, wonach für eine juristische Person die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans die Liquidatoren sind, findet keine Anwendung, da zu dieser Frage die abweichenden Regelungen des Gesellschaftsgesetzes nach § 70 II ATZ ausdrücklich Vorrang haben. Entsprechend tritt die in der Justizbestimmung eingeführte unbeschränkte Gesellschafterhaftung für alle Schulden ein (§ 4 I BeoVAGe III).

4. Außenbeziehungen der Vor-GmbH

4.1 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in Deutschland

4.1.1 Von der deutschen Rechtsprechung anerkannte Rechtsfähigkeiten

Die deutsche Vor-GmbH ist namens- und firmenrechtsfähig²⁷¹, grundbuch-²⁷², konto-²⁷³, wechsel- und scheckfähig²⁷⁴, aktiv und passiv parteifähig²⁷⁵,

²⁷¹ Der Name ist als Firma zu behandeln, wenn die Vorgesellschaft wegen Betrieb des Handelsgewerbes im Sinn des § 1 II HGB eine Handelsgesellschaft ist. Dazu siehe BGHZ 120, 103, 106; Ulmer/Habersack, Rn. 61; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 75.; Scholz/K. Schmidt Rn. 38; MüKoGmbHG/Merkt GmbHG § 11 Rn. 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 13; noch weitergehend: Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 42, der die Vorgesellschaft auch ohne Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens für firmenrechtsfähig hält.

²⁷² BGHZ 45, 338, 347; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 14.

²⁷³ Kontofähigkeit ergibt sich schon aus § 7 II, III, der die Zahlungen an die Vorgesellschaft verlangt. BGHZ 45, 338, 347; Ulmer/Habersack Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80; Scholz/K. Schmidt Rn. 39; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 14.

²⁷⁴ BGHZ 117, 323, 326; Ulmer/Habersack Rn. 63; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80; Scholz/K. Schmidt Rn. 39; Baumbach/Hueck Fastrich, Rn. 15; Michalski/Funke, Rn. 59.

²⁷⁵ BGH NJW 1998, 1079; Scholz/K. Schmidt, Rn. 42; Nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages kann die Vorgesellschaft die bisherige Prozessführung genehmigen: Michalski/Funke, Rn. 60. Ihre Parteifähigkeit ergibt sich aus der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit und nicht aus § 50 II ZPO: MüKoGmbH/Merkt Rn. 53; Ulmer/Habersack, Rn. 64.

insolvenzrechtsfähig²⁷⁶ und auch grundrechtsfähig²⁷⁷. Insbesondere darf sie sich als persönlich haftende Gesellschafterin an einer Kommanditgesellschaft beteiligen²⁷⁸.

4.1.2 Problematik der Rechtssubjektivität in Deutschland

Die Vor-GmbH ist nicht Formkaufmann als juristische Person gemäß § 13 III, da noch keine Eintragung erfolgt ist. Deshalb ist sie Handelsgesellschaft nur, wenn ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 HGB wegen eines eingebrachten Unternehmens oder sonstiger Geschäftsaufnahme betrieben wird²⁷⁹. Jedoch kann sie nach allgemeiner Meinung als Vorgesellschaft selber Trägerin von Rechten und Pflichten sein²⁸⁰. Die zwei in der Literatur und Rechtsprechung verfolgten Thesen führen zu großen Meinungsunterschieden bei der weiteren Klärung dieser Rechtsträgerschaft.

Manche²⁸¹ sehen in einer Vor-GmbH, bei der es mehrere Gründer gibt, eine Gesamthandsgemeinschaft mit Sondervermögen. Hinsichtlich ihrer vorhandenen Organisation sowie Teilnahme am Rechtsverkehr, sei die Vor-GmbH als rechtsfähige Einheit zu behandeln. Andere halten die Vor-GmbH für teilrechtsfähig, da sie zwar ohne Eintragung nicht die Eigenschaft einer juristischen Person erlange, aber als Träger des Gesellschaftsvermögens anerkannt werde. Ihre Besonderheiten müssten berücksichtigt werden²⁸². Eine dritte Auffassung geht davon aus, dass die mit der einzutragenden GmbH zweckidentisch bestehende Vor-GmbH, die bereits über ein

²⁷⁶ BGH NZG 2003, 1167; Scholz/K. Schmidt, Rn. 43. Praktisch unwichtig ist der dogmatische Streit über die Rechtsgrundlage der Konkursfähigkeit, sei es der § 11 I InsO für juristische Personen (Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 17; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 49;), sei es der § 11 II InsO für Gesellschaftsformen ohne Rechtspersönlichkeit (Wicke, Rn. 3; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 16).

²⁷⁷ BVerfG, GmbHR 2014, 301 zur Berufsfreiheit.

²⁷⁸ BGHZ 80, 129; NJW 1985, 736; Scholz/K. Schmidt, Rn. 39, 162; MüKoGmbHG/Merkt Rn. 52; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 16, 53; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80, 167; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 92; Baumbach/Hueck/Fastrick, Rn. 16.

²⁷⁹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 37 f; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 8; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 47; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 44; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 76; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 13; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 51.

²⁸⁰ BGHZ 80, 129, 132; Scholz/K. Schmidt Rn. 34.

²⁸¹ Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt: Ulmer/Habersack, Rn. 59; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 6.

²⁸² Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 74; Michalski/Funke, Rn. 47: neuer Typus eines teilrechtsfähigen Verbandes.

Gesellschaftsvermögen verfügt, als vollwertige Trägerin von Rechten und Pflichten angesehen werden soll²⁸³.

Bislang hat die Rechtsprechung vermieden, ein bestimmtes dogmatisches Konzept zu vertreten. Sie hat in der Praxis daran festgehalten, im Einzelfall stets zu prüfen, ob der Vor-GmbH eine der GmbH entsprechende Rechtsfähigkeit zuzuerkennen sein soll²⁸⁴.

4.1.3 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in China

4.1.3.1 Unternehmenstragende Vor-GmbH als Organisation anderer Art

Wie schon erwähnt, muss die Bezeichnung (die spätere Firma) der errichteten GmbH in einem vorausgehenden Verfahren bei der Registerbehörde überprüft werden. Ist diese Überprüfung erfolgt, dann behält die Gesellschaft die Rechte an der Bezeichnung für sechs Monate. Die dafür von der Behörde ausgestellte Genehmigung muss, mit anderen Unterlagen, auch beim Antrag auf Registrierung eingereicht werden. Diesen Anordnungen ist zu entnehmen, dass der Vor-GmbH wenigstens die Namens- sowie Firmenrechtsfähigkeit vom Gesetz zuerkannt wird oder zuerkannt werden muss. Folgerichtig ist weiter anzunehmen, dass der Vor-GmbH die Parteifähigkeit²⁸⁵ zuerkannt werden muss, damit sie gerichtlichen Rechtsschutz bekommt. Da die Rechtsprechung die Vor-GmbH einer zivilen Partnerschaft gleichstellt, muss eine unternehmenstragende Vor-GmbH, die demgemäß einem Partnerschaftsunternehmen gleicht, auch als Träger des gebildeten Gesellschaftsvermögens angesehen werden. Darüber hinaus kommt ihr, analog, nach dem Partnerschaftsunternehmensrecht auch die Insolvenzfähigkeit

²⁸³ Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt: Scholz/K. Schmidt Rn. 34 ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 5; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 24; so auch Raiser/Veil, Rn. 120 : vorläufige Rechtsfähigkeit.

²⁸⁴ MüKoGmbHG/Merkt, § 11 47.

²⁸⁵ Siehe das Urteil: 最高人民法院（Das Oberste Volksgericht）, 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案。In diesem Urteil wird der „GmbH in Gründung“ die Parteifähigkeit vom Obersten Volksgericht zuerkannt. Tatsächlich werden dabei ihr Grundbuchfähigkeit sowie die Fähigkeit, Berechtigte eines Darlehensvertrages zu sein, auch zuerkannt, die als gerichtlich zu schützende Rechtsgüter vorausgesetzt sind. Zustimmung in der Literatur: 范健（Fan, Jian）, 王健文（Wang, Jianwen）, 第 126 页。

gemäß § 92 PUnG zu. Weitere Rechtsanhalte sind auch im Zivilprozessrecht zu finden, in dem, neben natürlicher Person und juristischer Person, noch die Organisation anderer Art bestimmt wird, die im Zivilprozess als eigenständiges Rechtssubjekt auftreten darf (§ 48 I ZPG). Nach § 52 Nr. 2 ZPG stellt das Partnerschaftsunternehmen eine solche dar. Unter dieser Perspektive soll die Qualifikation der Parteifähigkeit auch zumindest für eine unternehmenstragende Vor-GmbH gelten.

Zusammengefasst ergibt sich aus dem bisher Gesagten, dass der Vor-GmbH die Namensrechtsfähigkeit, Parteifähigkeit sowie Insolvenzfähigkeit unproblematisch zu verleihen sind, ohne eine dogmatische Problematik auszulösen. Es ist aber nicht zu übersehen, dass immer noch der Bedarf entsteht, ihr weitere Rechtsfähigkeiten zuzuerkennen, sofern diese für ihren Auftritt nach außen notwendig sind. Angesichts der aktuellen Rechtslage liegt die Frage nahe, ob man die Vor-GmbH als eine vollwertige Rechtsträgerin wie eine juristische Person legitimieren darf. Dieser Versuch soll vor allen Dingen dem Wunsch der Rechtsprechung genügen, die den Entstehungszeitpunkt der Vor-GmbH vor allem deshalb vorverlegt hat, weil ein Zurechnungssubjekt so früh wie möglich geschaffen werden muss.

Als Begründung wird hierbei von einem Vergleich der rechtlichen Substanz einer Organisation anderer Art als Oberbegriff der Vor-GmbH mit der rechtlichen Substanz einer juristischen Person ausgegangen und überprüft, was die Eigenschaft der letzteren Rechtsfigur eigentlich impliziert, sodass man die Rechtssubjektivität der ersten benachteiligen und die beiden insoweit nicht gleichsetzen darf.

4.1.3.2 Rechtsfähigkeit der Organisation anderer Art

4.1.3.2.1 Die Eigenschaft als juristische Person im zivilen Recht

Der chinesische Gesetzgeber hielt sich zu näherer Bestimmung der juristischen Person nicht in der Weise des deutschen Gesetzgebers zurück, sondern verfuhr im Zivilrecht anders. In den „Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts“ benützt er diesen Begriff nicht nur als Überschrift des dritten Kapitels (§§ 36 ff), zur

Unterscheidung von den im zweiten Kapitel aufgeführten Vorschriften über die natürliche Person (§§ 9 ff), sondern legt dort auch ihre Definition fest sowie Bedingungen, die eine juristische Person erfüllen muss (§§ 36, 37). Die beiden Kapitel beginnen mit einer allgemeinen Vorschrift (§§ 9, 36). Und im Wortlaut nähern sie sich einander an. Das verwundert nicht, da sie den gemeinsamen Oberbegriff der Person benützen. Bei Gegenüberstellung von § 9 und § 36 lässt sich verstehen, dass ihr kennzeichnendes Merkmal im juristischen Zusammenhang die Rechtsfähigkeit ist. Dies bedeutet, wie ihre rechtliche Definition in den selben Paragraphen andeutet, die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Demnach soll diese den gemeinsamen substanziellen Inhalt der Rechtssubjektivität sowohl einer natürlichen Person als auch einer juristischen Person bilden.

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der Gesetzgeber für die Rechtssubjektivität einer juristischen Person noch etwas Anderes hinzufügt. Die juristische Person soll nämlich dem Wortlaut nach die Rechte und Pflichten „selbständig “ tragen. Dieser Ausdruck kommt nicht nur im § 36, sondern auch im § 37 vor, wo die Bedingungen vorgeschrieben sind, welche Rechtsgebilde diese Eigenschaft erlangen können: Es sind in Verbindung mit § 36 I solche geschäftsfähigen Organisationen, die dem Recht gemäß errichtet sind, über das notwendige Vermögen oder die notwendigen Regelaufwendungen verfügen, die eine eigene Bezeichnung, Organisationsorgane und Stätte haben und unabhängig zivile Haftungen übernehmen können. Damit ist klar, dass sich die in der Definition ausdrücklich genannte „Selbständigkeit “ eindeutig auf die Form der Haftungsübernahme bezieht²⁸⁶.

Dieses hervorgehobene Merkmal soll meines Erachtens jedoch der Rechtsfähigkeit, die eine juristische Person ebenso wie ein Mensch verdient, gegenübergestellt und von dieser unabhängig behandelt werden²⁸⁷, da die Definition der natürlichen Person als Rechtsperson (§ 9) keine Modifizierung in der Formulierung enthält. Das heißt, ein Mensch erhält seine Rechtsfähigkeit bereits mit

²⁸⁶ Eine Auffassung meint, dass der Hinweis auf die eigenständige Haftungsübernahme hauptsächlich auf den gesetzgeberischen Willen, die Privatisierung der staatseigenen Unternehmen durchzuführen, zurückzuführen sei. Dazu siehe: 任尔昕 (Ren, Erxin) , 田国平 (Tian, Guoping) , 第 50 页。

²⁸⁷ Die wohl herrschende Gegenauffassung meint, dass die eigenständige Haftungsübernahme inhaltlich die wichtigste Eigenschaft juristischer Personen bildet. Dazu siehe: 甘培忠 (Gan, Peizhong) , 第 54 页; 陈连军 (Chen, Lianjun) , 王明明 (Wang, Mingming) , 栾颖娜 (Luan, Yingna) , 第 30 页。

der Geburt, ohne Bindung an eine besondere Haftungsform. Und dies besagt natürlich nicht, dass er als Rechtsperson nicht in der Regel eigenständig haftet, und es verhindert zweifellos auch nicht, dass in bestimmten Fällen neben ihm noch andere Rechtssubjekte mithaften können. Desgleichen gilt es für die juristische Person, dass die Möglichkeit einer Mithaftung ihrer Mitglieder nicht völlig ausgeschlossen ist²⁸⁸. Die Kausalität soll also, worauf manche Autoren²⁸⁹ hinweisen, so begriffen werden, dass selbständig Haftung zu übernehmen, keine Bedingung für den Rechtsstatus einer juristischen Person bildet, sondern umgekehrt, dass die rechtliche Zuerkennung der Eigenschaft einer juristischen Person zur selbständigen Haftungsübernahme führt.

Für das hier vorgeschlagene Rechtsverständnis könnte auch sprechen, dass im neu verabschiedeten ATZ die Haftungsbeschränkung als ein Merkmal (§ 60) getrennt von anderen Bedingungen (§ 58 I) angeordnet wird. Und alle anderen Bedingungen einer juristischen Person wurden inhaltlich unverändert in die §§ 13 ff. und §§ 57 ff. des Gesetzes übernommen.

4.1.3.2.2 Die juristische Person im Vergleich zur Rechtsfigur der „Organisation anderer Art“

Eine Definition der „Organisation anderer Art“, die im neu verabschiedeten ATZ „Nicht-Juristische-Person-Organisation“ heißt (§§ 102), findet man zuerst in der Justizbestimmung²⁹⁰, wonach eine Organisation anderer Art im Sinn des § 48 I ZPG eine dem Recht gemäß errichtete Organisation ist, die über ein bestimmtes Verfassungsorgan und Vermögen verfügt, jedoch keine Eigenschaft als juristische Person erlangt hat (§ 52 BeoVAZPG). Beim näheren Hinsehen ist es nicht schwer festzustellen, dass ihr größter Unterschied zu einer juristischen Person darin liegt, dass sie mit keiner eigenständigen Haftungsübernahme ausgestattet wird. Diese soll das sein, was ihr im Vergleich zu einer juristischen Person fehlt²⁹¹. Allerdings

²⁸⁸ So auch die Literatur: 王肃元 (Wang, Suyuan), 第 86 页。

²⁸⁹ 朱庆育 (Zhu, Qingyu), 第 421 页; 尹田 (Yin, Tian), 第 217 页。

²⁹⁰ Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Zivilprozessgesetzes, 1992.

²⁹¹ So auch die Literatur: 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 57 页; 梁慧星 (Liang, Huixing), 第 147 页; Zu beachten ist, dass noch weitere Unterschiede bestehen können. Als Beispiel dafür sind die

muss diese Differenzierung, wie oben argumentiert, nicht mit der vollen Rechtsfähigkeit zusammenhängen.

Weitere Differenzierungen betreffen das Vermögen sowie die Regelaufwendungen. Der Ausdruck des „notwendigen Vermögens“ geht eigentlich auf die inzwischen aufgegebene gesellschaftsrechtliche Anforderung an Mindeststammkapital zurück²⁹². Allerdings stellt der gesamte Betrag des aufgebrauchten Vermögens seit ihrer Abschaffung im Jahr 2013 kein wesentliches Kennzeichen einer juristischen Person mehr dar, weshalb im neuen Gesetz stattdessen einfach das Wort „Vermögen“ verwendet wird. Die Regelaufwendungen beziehen sich auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts, und kommen somit in unseren voranstehenden Überlegungen nicht in Betracht.

Nach dem hier vorgenommenen Vergleich bemerkt man sofort, dass die benützten rechtlichen Elemente beide Rechtsfiguren nicht strikt trennen können und dass deren entferntes Nebeneinander insoweit nur in der Vorstellung existiert, als die „eigenständige Haftungsübernahme“, wie hier vorgeschlagen, aus dem Zusammenhang ausgeschlossen wird. Auf diese Weise wird weiter der Weg dahin geebnet, dass man der Organisation anderer Art, deren Mitglieder persönlich mithaften sollen, ebenfalls die volle Rechtsfähigkeit zuerkennt, ohne dogmatische Probleme auszulösen, da ihr in diesem Fall nicht zugleich die Eigenschaft einer juristischen Person verliehen wird. Mit anderen Worten handelt es sich dabei nur um eine beschränkte Auslegung des Sonderinhalts der Eigenschaft als juristischer Person, die eine Organisation anderer Art nach ihrer Definition nicht erlangt, auf die für sie separat gesetzte Haftungsform.

differenzierten Behandlungen im Steuerrecht anzuführen. Jedoch war das Partnerschaftsunternehmen bis zum 1. Jan. 2000 nicht anders als die GmbH ein Körperschaftssteuersubjekt, dessen gesamter Gewinn ebenfalls als Einkommen zu versteuern ist (siehe: 企业所得税暂行条例 (Vorläufig durchgeführte Verordnung über die Körperschaftsteuer) 1993) . Dieser Widerspruch wurde erst durch eine vom Finanzministerium erlassene Verordnung (国务院关于个人独资企业和合伙企业征收所得税问题的通知) beseitigt.

²⁹² 朱庆育, 第 422 页。

4.1.3.2.3 Sonderregelungen der juristischen Unternehmensperson als Subkategorie

Da sich die Organisationen anderer Art bisher nur auf den Kreis der Handelsunternehmen²⁹³ beschränken, muss ein Vergleich im Interesse der Vollständigkeit wohl auch die Vorschriften der juristischen Unternehmensperson, die die entsprechende Subkategorie der juristischen Person ist, berücksichtigen. Nach der für sie geschaffenen allgemeinen Vorschrift des § 41 I, die alle oben genannten Bedingungen einer juristischen Person unverändert übernimmt, weist der Gesetzgeber als eine Sonderbedingung noch auf das Vorliegen einer Organisationssatzung hin. Es ist fraglich, ob diese Sonderbedingung mit ihrer Eigenschaft als juristische Person verbunden ist und insoweit zu den Voraussetzungen ihrer Rechtsfähigkeit gehört²⁹⁴. Selbst wenn man dies bejaht, lässt sich eine mit dieser Bedingung vorgenommene Unterscheidung einer juristischen Unternehmensperson von einer Organisation anderer Art ebenfalls nicht rechtfertigen, da zumindest das Zustandekommen eines Partnerschaftsunternehmens auch eine schriftliche Partnervereinbarung voraussetzt. Der dogmatische Unterschied, dass diese der Rechtsnatur nach kein Organisationsvertrag ist und damit einer Gesellschaftssatzung nicht gleichgestellt werden kann²⁹⁵, ändert nichts daran, dass das Partnerschaftsunternehmen

²⁹³ BeoVAZPG § 40.

²⁹⁴ Eine Auffassung vertritt, dass der sprachliche Unterschied im Gesetzestext zwischen der durch Registrierung erlangten Eigenschaft (§ 41 I AGZ) der juristischen Unternehmensperson und den Bedingungen einer juristischen Person im Allgemeinen (§ 37 AGZ) schon dafürsprechen könnte, dass die solche Bedingungen erfüllende juristische Unternehmensperson vor der Registrierung zwar nicht die Eigenschaft einer juristischen Person als solche, aber bereits deren Rechtsfähigkeit besitzen kann. Dazu siehe: 贾桂茹 (Jia, Guiru), 杨丽 (Yang, Li), 薛荣革 (Xue, Rongge), 第 33、34 页。Dem ist nicht zu folgen, da § 36 II AGZ klar ausspricht, dass die Rechtsfähigkeit sowie Geschäftsfähigkeit einer juristischen Person erst mit ihrem Zustandekommen entsteht. Dafür soll im Zusammenhang mit dem § 7 GeG der Zeitpunkt, an dem der Gewerbeschein ausgestellt wird, maßgebend sein, obwohl man wohl keine Verbindung zwischen beiden Vorschriften, die mit einem großen zeitlichen Abstand geschaffen wurden, angesichts der Ausdrucksweise unterstellen darf.

²⁹⁵ Eine Auffassung meint, dass die Gesellschaftssatzung einer GmbH sich hinsichtlich deren rechtlich geregeltem Mindestinhalt nicht so stark von der Partnerschaftsvereinbarung eines Partnerschaftsunternehmens unterscheidet (§ 14 PUG, § 23 GeG). Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 6 页。

dieselbe Rechtsfähigkeit wie eine juristische Unternehmensperson beanspruchen darf²⁹⁶. Denn sowohl eine Partnerschaftsvereinbarung als auch eine Gesellschaftssatzung greift im Wesentlichen nur auf das Innenverhältnis der Rechtsfiguren zu, und es ist fragwürdig, ob und inwieweit ihre Rechtsfähigkeit damit zusammenhängt. Selbst wenn man diese Bindung bejaht, besteht kein Grund, die sonstigen zuzuerkennenden Rechtsfähigkeiten einer Organisation anderer Art rechtlich anders zu behandeln, sofern der Ansicht des Obersten Volksgerichts nach das im Innenverhältnis irgendeinen Rechtszustand aufweisende Partnerschaftsunternehmen bereits die Parteifähigkeit verdient. Eigentlich bildet diese Zuerkennung umgekehrt einen Beleg dafür, dass seine Rechtsträgerschaft umfänglich viel breiter sein muss, da der gerichtlich anzubietende Rechtsschutz, wie das angeführte Grundurteil des Obersten Volksgerichts 2005²⁹⁷ zeigt, unbedingt ein anerkanntes Rechtsgut des Klägers voraussetzt²⁹⁸. Der Gesetzgeber hat es zwar nicht ausdrücklich geäußert, aber auch nicht dagegen argumentiert. Dafür könnte schon die alte Fassung des Partnerschaftsunternehmensgesetzes sprechen, wo im allgemeinen der Ausdruck „Rechtsinteressen des Partnerschaftsunternehmens“ verwendet wird (§ 8).

4.1.3.2.4 Vereinbarkeit mit dem neuen ATZ

Dieser Erklärungsversuch, in der Eigenschaft einer juristischen Person zwischen der Rechtsfähigkeit einerseits und der separat gesetzten Haftungsform andererseits zu unterscheiden, ist vor allem darauf gerichtet, die Organisation anderer Art als ein der juristischen Person hinsichtlich der Rechtsfähigkeit zu legitimieren. Dieser Trend

²⁹⁶ Eigentlich ist die Rechtsfähigkeit des Partnerschaftsunternehmens bereits teilweise in der chinesischen Literatur bejaht. Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 8 页; 任尔昕 (Ren, Erxin), 田国平 (Tian, Guoping), 第 50 页; 张晖 (Zhang, Hui), 第 102 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 145 页; 姚海放 (Yao, Haifang), 第 27 页; 江平 (Jiang, Ping), 第 21 页; 王明锁 (Wang, Mingsuo), 梁向峰 (Liang, Xiangfeng), 第 67 页; 张晋红 (Zhang, Jinhong), 第 62 页; 王建文 (Wang, Jianwen), 第 41 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 企业与法纵论 (Über das Unternehmen und das Recht), 第 367-372 页。

²⁹⁷ Siehe das Urteil: 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案。

²⁹⁸ So auch die Literatur: 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 51 页; 贾桂茹 (Jia, Guiru), 杨丽 (Yang, Li), 薛荣革 (Xue, Rongge), 第 25 页; 王保树 (Wang, Baoshu), 第 9 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 145 页。

äußert sich bereits in dem neu verabschiedeten gleichgestelltes Rechtssubjekt ATZ. Aus einer systematischen Prüfung dieses Gesetzes wird man keine anderen Folgerungen ziehen können, obwohl der Gesetzgeber es auch diesmal wiederum nicht wagt, diese Folgerung deutlich auszusprechen. Stattdessen formuliert er zurückhaltend im § 102 I so: Nicht-juristische-Person-Organisation ist eine solche Organisation, die zwar nicht die Eigenschaft einer juristischen Person erlangt, aber dem Recht gemäß im eigenen Namen Zivilhandlungen vornehmen kann. Hier geht es also zum einen um eine geänderte Bezeichnung derselben Gestaltungsform, und zum anderen um eine vereinfachte Definition. Fraglich ist jedoch, wie man das „Können “ hier auslegen soll²⁹⁹. Als Anhaltspunkte kann nur § 62 ATZ, der denselben Ausdruck für die juristische Person benützt, herangezogen werden. Dort heißt es: Die Rechtsfolgen der Zivilhandlungen, die der gesetzliche Repräsentant einer juristischen Person in deren Namen vornimmt, werden ihr zugerechnet. In unserem Zusammenhang ist dies dahingehend zu verstehen, dass eine Nicht-Juristische-Person-Organisation auf die gleiche Weise berechtigt und verpflichtet wird. Das Weglassen dieses Teils der Definition für sie lässt sich nur dadurch erklären, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung „Rechtsfolgen “ wahrscheinlich das mögliche Missverständnis vermeiden wollte, dass ihre Verbandsmitglieder von der eventuellen persönlichen Haftung ausgeschlossen werden, obwohl dies in einer weiteren Vorschrift ausdrücklich verneint wird (§ 104). Eigentlich ist die Ausdrucksweise des § 102 I ATZ ähnlich wie die des § 124 I HGB. Für manche deutschen Autoren³⁰⁰ besagt sie ebenfalls die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der OHG, obwohl diese keine juristische Person ist.

Die neu formulierte Definition, die die dogmatisch kaum erklärbaren Einzelheiten aufgibt und einfach hinter sich lässt, könnte nach unserem Verständnis auch dafür sprechen, dass sich die Rechtsfähigkeit vielmehr auf die Außenbeziehungen der Rechtsgestaltungsformen bezieht.

²⁹⁹ Eine Auffassung vertritt, dass aus dem Wortlaut schon sprachlich darauf zu schließen ist, dass die Organisation anderer Art selber Träger der Rechte und Pflichten sein kann, obwohl es sich dabei um eine Teilfähigkeit handelt, da die Formulierung hier eine anerkannte Geschäftsfähigkeit besage, und für diese Rechtsfähigkeit unbedingt vorausgesetzt werde. Dazu siehe: 郭明瑞 (Guo, Mingrui) , 第 51, 56 页; So auch: 王保树 (Wang, Baoshu) , 第 9 页。

³⁰⁰ Windbichler, Rn. 6.

Als Belege für die Aufwertung der Organisation anderer Art sind noch weitere Anordnungen des ATZ anzuführen. Erstens: im ersten Kapitel, das überwiegend die für Zivilrechtssubjekte geltenden Grundprinzipien behandelt, wird, anders als in der alten Fassung, die Nicht-Juristische-Person-Organisation der natürlichen Person und der juristischen Person in einer allgemeinen Vorschrift gegenübergestellt (§ 2). Dem Wortlaut nach regelt das Zivilrecht alle Vermögensbeziehungen und Personenbeziehungen zwischen den drei gleichberechtigten Subjekten³⁰¹. Zweitens wird ein neues spezielles Kapitel, das die Nicht-juristische-Person-Organisation als Überschrift benützt und ausführliche Regelungen enthält, geschaffen. Da es anschließend an das 2. Kapitel über die natürliche Person und das 3. Kapitel über die juristische Person positioniert wird, soll der darin geregelte Gegenstand also, nach der Systematik des Zivilrechts, auch gleichbehandelt werden. Drittens: der Nicht-Juristischen-Person-Organisation werden gemeinsam mit der juristischen Person die Persönlichkeitsrechte zuerkannt (§ 110 II). Zudem ist die Gleichstellung beider Rechtsfiguren angesichts der Willensbildungen im Organ (§ 134) sowie angesichts der unbeschränkten Vertretungsmacht in der Stellvertretung gegeben (§§ 170, 173). Viertens verweist § 108, die letzte Vorschrift des Kapitels über die Nicht-Juristische-Person-Organisation, im Fall von Gesetzeslücken darauf, die Regelungen für juristische Unternehmenspersonen analog anzuwenden. Auch das besagt, dass beide Gestaltungsformen nicht so weit auseinanderliegen können.

4.1.3.3 Zusammenfassung

Wie gezeigt, sollte man die unbestimmte Rechtslage hinsichtlich der Rechtsfähigkeit einer Organisation anderer Art, die weder Mensch noch juristische Person ist, nur der konservativen Einstellung sowohl des Gesetzgebers als der

³⁰¹ Die alte Fassung legt ebenfalls Wert auf den Auftritt der die Grundform des Verbands darstellenden zivilen Partnerschaft als Einheit nach außen, nicht auf ihre Innenverhältnisse, weil die Regelungen der zivilen Partnerschaft dort nicht als ein Abschnitt des Schuldverhältnisses wie im deutschen BGB, sondern als ein Abschnitt des Kapitels „Bürger (natürliche Person)“ positioniert werden. Zu dieser Ansicht siehe auch die Literatur: 贾桂茹 (Jia, Guiru), 杨丽 (Yang, Li), 薛荣革 (Xue, Rongge), 第 5、91、107 页。Darüber hinaus ist die rechtliche Gleichstellung aller drei Subjekte bereits im 1993 erlassenen Gesetz des wirtschaftlichen Vertrages gegeben (§ 2). Das dieses ersetzende Vertragsgesetz von 1999 bestätigt sie erneut (§ 2).

Rechtsprechung zuschreiben. Ihre Bedenken sollten nach den bisherigen Ausführungen beseitigt sein, da bei dieser Problematik keine echten Schwierigkeiten bestehen, solange die separat gesetzte Haftungsform wie vorgeschlagen nicht mit der Rechtsfähigkeit verbunden wird. Jene zurückhaltende Haltung äußert sich ebenfalls in dem BeoVAGe III für die Vor-GmbH. Dabei hat das Oberste Volksgericht deren Existenz zwar bejaht, regelt das Gründungsstadium, in dem sich die Vor-GmbH befindet, aber überhaupt nicht. Dieses Übersehen kann sogar absurd sein, da § 3, einer der beiden wichtigsten Vorschriften, die die Rechtsfolgen vorzeitiger Geschäftsaufnahme regeln, nur die Übertragungsfrage der von dem Gründer namens der errichteten GmbH herbeigeführten Rechtsfolgen behandeln. Die unumgängliche Zurechnungsfrage der Rechtsverhältnisse vor der Registrierung bzw. deren Scheitern wird gar nicht erwähnt. Es ist logisch kaum vorstellbar, dass die vom Gründer ohne Berechtigung und Verpflichtung der Vor-GmbH abgeschlossenen Geschäfte schon unmittelbar mit der Registrierung der GmbH auf diese übergehen können³⁰². Selbst wenn das Oberste Volksgericht in der Justizbegründung angesichts der Rechtsnatur der Vor-GmbH auf die zivile Partnerschaft verweist, stehen für eine analoge Rechtsanwendung nur knapp sechs Vorschriften zur Verfügung, soweit nicht die Regelungen aus dem Partnerschaftsunternehmensrecht heranzuziehen sind.

In unserem Zusammenhang sollte es jetzt feststehen, dass die Vor-GmbH irgendeine Rechtsnatur haben muss, sei es die eines Partnerschaftsunternehmens, sei es die einer Organisation anderer Art. Sie muss, sofern sie ein Handelsgewerbe betreibt, unproblematisch rechtsfähig sein. Dabei handelt es sich auch nicht um eine durch den Gründungszweck bedingte Teilrechtsfähigkeit³⁰³, weil eine

³⁰² So auch die Literatur: 冯果 (Feng, Guo), 第 71 页。

³⁰³ Es wird teilweise in der Literatur vertreten, dass die Vor-GmbH für alle gründungsnotwendigen Geschäftstätigkeiten rechtsfähig ist und insofern eine Teilrechtsfähigkeit genießt. Darüberhinausgehende Geschäfte sind nicht nützlich. Sie berechtigen und verpflichten entweder den Handelnden oder die später vollendete GmbH, je nachdem, in wessen Namen sie aufgenommen werden. Für den letzteren Fall ist keine Genehmigung der GmbH erforderlich. Dazu siehe: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 9 页。Über diese Auffassung auch: 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 30 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 71 页; 雷兴虎 (Lei, Xinghu), 第 128 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 100 页; 王作全 (Wang, Zuoquan), 第 94 页; 王保树 (Wang, Baoshu), 崔勤之 (Cui, Qinzhi), 第 148 页。

gesetzliche Beschränkung als solche nicht gegeben ist. Zu beachten ist nur: da das geltende Recht eine zivile Partnerschaft anders als ein Partnerschaftsunternehmen behandelt, muss eine Vor-GmbH, die kein Unternehmen trägt, auch in gleicher Weise benachteiligt werden. Für eine Qualifizierung der Vor-GmbH als unternehmientragend soll das Vorbereitungsgeschäft genügen, wie z. B. Anmietung des Geschäftsraumes.

4.2 Vertretungsmacht und ihr Umfang

4.2.1 Anwendbarkeit des § 37 II GmbHG in Deutschland

Im deutschen Recht vertreten die Geschäftsführer die Vor-GmbH analog § 35 I gerichtlich³⁰⁴ und außergerichtlich. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, besteht bei mehreren Geschäftsführern analog § 35 II Gesamtvertretungsmacht³⁰⁵. Nach Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts ist hierfür die konkrete Bezeichnung der Vor-GmbH nicht erforderlich³⁰⁶. Der herrschenden Meinung in Literatur³⁰⁷ und Rechtsprechung³⁰⁸ nach gilt § 37 II im Gründungsstadium noch nicht. Ähnlich wie für die Geschäftsführungsbefugnis, ist eine unbeschränkte Vertretungsmacht erst dann gegeben, wenn sämtliche Gesellschafter ihr zugestimmt haben³⁰⁹, nämlich durch Zweckerweiterung der Vorgesellschaft, oder wenn es um Bestands- und Werterhaltung eingebrachter Sacheinlagen, insbesondere Unternehmen, geht³¹⁰. Andernfalls ist die

³⁰⁴ BGH NJW 2008, 2441.

³⁰⁵ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 24; Wicke, Rn. 5.

³⁰⁶ BGH NJW 1998, 1645; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 7; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 18; Wicke, Rn. 5; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 68; Scholz/K. Schmidt, Rn. 69; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 89.

³⁰⁷ Ulmer/Habersack, Rn. 68; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 85; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 17; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 19; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 19 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 63, 65; Roth/Altmeyen/Roth, Rn. 47; Wicke, Rn. 5; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 25.

³⁰⁸ BGHZ 53, 210, 212; BGHZ 65, 378, 383; BGHZ 80, 129, 139.

³⁰⁹ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 27; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 20; BGHZ 80, 129, 139; BGHZ 80, 183; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 17; Roth/Altmeyen/Roth, Rn. 47; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 87; Lutter, 1076.

³¹⁰ BGHZ 80, 129, Ulmer/Habersack, Rn. 69; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 26; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 20.

Vertretungsmacht auf die gründungsnotwendigen³¹¹ Geschäfte beschränkt. Die Rechtsgeschäfte, die außerhalb der Vertretungsmacht vorgenommen werden, verpflichten die Vor-GmbH also nicht³¹². Die Beschränkung ist vor allem in dem Haftungsrisiko der Gründer für die daraus entstandenen Verluste begründet³¹³. Zudem seien Dritte bereits durch die Handelndenhaftung nach § 11 II ausreichend geschützt³¹⁴.

Eine andere Ansicht³¹⁵ spricht sich gegen die Beschränkung der Vertretungsmacht aus. Nach dieser Ansicht soll § 37 II in dieser Phase anwendbar sein, weil die Beschränkung des Gründungszwecks, die mit dem Vorbelastungsverbot gegeben ist, nach dessen Aufgabe ihr Gewicht verlieren würde³¹⁶. Die Vor-GmbH als selbständiger Rechtsträger sei inzwischen auch anerkannt. Eine unbeschränkte Vertretungsmacht müsse insbesondere gelten, weil das Risiko der Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis nicht den Gläubigern der Vor-GmbH auferlegt werden dürfe. Dieses hätten vielmehr die Gesellschafter zu tragen, die sich zur GmbH-Gründung entschlossen hätten.

Eine dritte Ansicht legt großen Wert auf den Schutz des Rechtsverkehrs, lehnt jedoch wie die herrschende Meinung eine Anwendung des § 37 II ab. Manche Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht sich aus allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts ergeben könne, wenn die Vor-GmbH ein Handelsgewerbe betreibe³¹⁷ oder nach Art und Umfang vergleichbar unternehmerisch tätig sei³¹⁸. Andere Autoren

³¹¹ BGHZ 80, 139; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 26; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 20; Ulmer/Habersack, Rn. 68.

³¹² MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 66.

³¹³ BGHZ 80, 139; Ulmer/Habersack, Rn. 68; Wicke, Rn. 5; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 19, 20; MüKoGmbHG/Merkt Rn. 63, 158; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 25.

³¹⁴ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 25; Ulmer/Habersack, Rn. 71; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 19; Fleck, GmbHR 1983, 9.

³¹⁵ Scholz/K. Schmidt, Rn. 72.; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 51; Raiser/Veil, Rn. 108; M. Scholz, 29 f.; Theobald, 27.; W.-H. Roth, 609; Weimar, 292; Beuthien, NJW 1997, 565 ff; Michalski/Funke, Rn. 63.

³¹⁶ Scholz/K. Schmidt Rn. 73.

³¹⁷ Beuthien, NJW 1997, 565, 566.

³¹⁸ Kießling, S. 256.

dagegen verneinen, dass die Vertretungsmacht nach Belieben der Gesellschafter im Umfang beliebig erweitert werden dürfe³¹⁹. Die Vertretungsmacht beschränke sich also wegen des Gründungszwecks der Vorgesellschaft auf gründungsnotwendige Geschäfte.

Bei Führungslosigkeit tritt Passivvertretung durch die Gesellschafter gemäß § 35 I und Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a III InsO ein³²⁰. Darüber hinaus können Bevollmächtigte aufgrund der Prokura oder einer Vollmacht die Vor-GmbH vertreten, deren Erteilung aber der Vertretungsmacht der Geschäftsführer entsprechen müssen³²¹. Möglich ist auch der Abschluss der Rechtsgeschäfte für die zukünftige GmbH, zu dem eine ausdrückliche Vereinbarung benötigt wird³²². Die in diesem Fall namens der Vor-GmbH vorgenommenen Rechtsgeschäfte betreffen dann nur die später eingetragene GmbH³²³.

4.2.2 Vertretung der Vor-GmbH durch den gesetzlichen Repräsentanten in China

4.2.2.1 Vorverlegung der Stellvertretung durch den gesetzlichen Repräsentanten

Wie schon erwähnt, vertritt der gesetzliche Repräsentant nach § 38 AGZ und § 61 II ATZ eine juristische Person, wie z. B. eine GmbH, die nach § 3 GeG eine juristische Unternehmensperson darstellt. Der gesetzliche Repräsentant wird von den Gesellschaftern in der Gesellschaftssatzung festgelegt. Als solcher muss entweder der Vorstandsvorsitzende oder der geschäftsführende Vorsteher oder ein Geschäftsführer auftreten (§ 13). Der gesetzgeberische Wille, einen gewissen Spielraum in dieser Frage zu gewähren, ist offenbar. Alle anderen Vertretungsformen sind also nicht als organschaftliche Vertretung anzusehen³²⁴.

³¹⁹ Ulmer/Habersack, Rn. 70.

³²⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 20.

³²¹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 67; Scholz/K. Schmidt, Rn. 74.

³²² BGHZ 72, 45, 48; Ulmer/Habersack, Rn. 74; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 90; Scholz/K. Schmidt, Rn. 118; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 69.

³²³ Scholz/K. Schmidt, Rn. 70; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 69.

³²⁴ Andere Auffassung: 王军 (Wang, Jun) , 第 260 页。

Nach analoger Anwendung dieser Vorschriften soll die Vor-GmbH ebenfalls durch einen bestellten gesetzlichen Repräsentanten vertreten werden. Dadurch entsteht eine Konkurrenz zwischen dem gesetzlichen Repräsentanten und den Gründern hinsichtlich der Vertretungsmacht, da nach dem geltenden § 3 BeoVAGe III den Gründern ohne weiteres die Vertretungsmacht zusteht. Der Vorschlag hier beeinträchtigt also wohl die Konzeption des Obersten Volksgerichts, die Vor-GmbH als zivile Partnerschaft zu verstehen. Unproblematisch ist er allerdings für solche Vorgesellschaften,³²⁵ bei denen die Gründer hinter den gesetzlichen Repräsentanten zurücktreten wollen. Für alle anderen Fälle, in denen das Handelsgewerbe noch mitunternehmerisch betrieben wird, braucht ein Anpassungszwang unbedingt eine Rechtsfertigung. Zur Rechtfertigung muss vor allem darauf hingewiesen werden, dass das Handelsgewerbe in der Weise einer GmbH zu betreiben, dem Willen sowie den Interessen der Gründer entspricht. Weiter ist noch zu klären, ob die vorverlegte Berechtigung der Stellvertretung des gesetzlichen Repräsentanten ein zusätzliches Haftungsrisiko zulasten der Gründer mit sich bringt. Bedeutsam ist es ferner zu fragen, welcher Art die Vertretungsmacht ist, um die es sich handelt. Als wichtigstes ist ihre Beschränkbarkeit zu prüfen.

4.2.2.2 Unbeschränkte Vertretungsmacht

Den geltenden Justizbestimmungen ist diese Beschränkbarkeit kaum zu entnehmen, da die vom Gründer namens der errichteten GmbH getätigte Geschäftsaufnahme grundsätzlich die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet. Abgesehen von dem Ausnahmefall, dass der Vertragspartner den Missbrauch der Vertretungsmacht dieses Gründers kannte oder kennen musste, ist nach § 3 II BeoVAGe III ein Vorrang der Interessen des redlichen Rechtsverkehrs geboten. Für die Stellvertretung einer eingetragenen GmbH gilt nichts Anderes. Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des gesetzlichen Repräsentanten wurde früher im Vertragsgesetz festgelegt. Sie galt also nach dem Wortlaut des § 50 VerG generell nur für Angelegenheiten, die auf einen Vertragsschluss bezogen waren. Später wurde sie durch die erwähnte allgemeine Vorschrift im ATZ auf alle Rechtsgeschäfte ausgedehnt (§ 170).

³²⁵ Siehe das Urteil: 绍兴市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Shaoxing) , 浙江某装饰工程有限公司诉绍兴县都市春天某公司、柴某某装饰合同纠纷案。

An dieser geklärten Rechtslage ändert sich nichts, selbst wenn man von der Konzeption des Obersten Volksgerichts ausgeht, die eine Vor-GmbH als zivile Partnerschaft ansieht, und demgemäß die Vorschriften des Partnerschaftsunternehmensrechts zur analogen Anwendung heranzieht, da eine Beschränkung der Befugnisse der Partner, die Partnerschaft zu vertreten, nach § 37 PUnG und § 170 ATZ, ebenso wie bei einer GmbH, einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden darf. Eine gleiche Rechtsstellung hat wohl auch ein Nichtpartner, der nach § 31 Nr. 6 PUnG mit Zustimmung sämtlicher Partner zur Geschäftsführung bestellt wird, da er in Überschreitung seiner Befugnisse nach § 35 PUnG nur auf Ersatz gegenüber der Partnerschaft haftet. Das heißt, die Partnerschaft wird auch in diesem Fall berechtigt und verpflichtet.

Darüber hinaus überzeugt eine Begründung der Beschränkung der Vertretungsmacht mit dem Gründungszweck auch deshalb nicht, weil, wie erörtert, die Tätigkeiten einer Vor-GmbH nicht durch diesen beschränkt werden können. Ferner gibt es in China auch keine Handelndenhaftung im Sinn des § 11 II GmbHG, die dem Vertragspartner als Ausgleich einer beschränkten Vertretungsmacht hinreichenden Schutz gewähren könnte. Es steht also fest, dass es sich bei Stellvertretung einer Vor-GmbH um eine uneingeschränkte Vertretungsmacht handelt.

4.2.2.3 Problematik des Zurechnungsmechanismus im BeoVAGe III

Nach §§ 2, 3 BeoVAGe berechtigen und verpflichten ein namens der Vor-GmbH geschlossenes Geschäft grundsätzlich unmittelbar die Gesellschaft, während ein im Namen des Gründers vorgenommenes Geschäft noch von der Gesellschaft übernommen werden muss, damit die erwünschten Rechtsfolgen eintreten. Aus dieser rechtlichen Gestaltung ist damit zu rechnen, dass die Gründer lieber namens der Vor-GmbH handeln und das Risiko den Mitgesellschaftern auferlegen würden. Das heißt, anstelle des Handelnden müssen die übrigen Gründer die Beweislast erfüllen, um einen Regress für die Gesellschaft bzw. für sich selbst, im Innenverhältnis, zu fordern, falls ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt. Dies zieht das Oberste Volksgericht zwar in Erwägung³²⁶ und räumt der

³²⁶ 奚晓明 (Xi, Xiaoming) , 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie

Gesellschaft als Ausgleich auch einen Anspruch ein, sich von den Rechtsfolgen der für Rechnung des Gründers geschlossenen Geschäfte befreien zu lassen (§ 3 II BeoVAGe III). Dieser ausgestaltete Mechanismus ist aber meines Erachtens fehlerhaft, da hierbei zweierlei relevante Interessen zu berücksichtigen sind. Zum einen geht es um das sicherzustellende Stammkapital sowie um die nach § 4 I BeoVAGe III den Mitgesellschaftern drohende unbeschränkte Gründerhaftung, falls die GmbH-Errichtung scheitert. Und zum anderen geht es um das Haftungsrisiko des handelnden Gründers hinsichtlich seiner erforderlichen Begründung dafür, dass das Geschäft für Rechnung der Gesellschaft vorgenommen wird, falls dies die registrierte GmbH infrage stellt. Unter diesen beiden Aspekten sind die Schwächen des aktuellen Rechtsmechanismus deutlich. Einerseits setzt die Geltendmachung des Freistellungsanspruchs die Registrierung der Gesellschaft voraus, ohne das ebenfalls regelungsbedürftige Gründungsstadium einzubeziehen. Andererseits muss der Umstand, dass es kaum zu entscheiden ist, ob ein Geschäft für Rechnung der Gesellschaft gehandelt wird oder nicht³²⁷, zu einer unzuträglichen Unsicherheit führen. Zu deren Beseitigung könnte man versucht sein, die wirtschaftlichen Geschäftsfolgen als Kriterium anzunehmen. Dies wäre offensichtlich unfair, da ein wirtschaftliches Risiko bei jedem Geschäft besteht.

Wir schlagen als Lösung vor, dass, nach deutschem Vorbild, die unbeschränkte Vertretungsmacht des gesetzlichen Repräsentanten nach seiner Bestellung anerkannt werden soll. Handelt dagegen ein Gründer für die Gesellschaft, ist dies rechtlich immer noch nach den §§ 2, 3 BeoVAGe III zu behandeln. Jedoch darf der gesetzliche Repräsentant, mit Beachtung des Schutzes der Gutgläubiger, umgehend und schon vor der Registrierung den Befreiungsanspruch geltend machen, falls das Geschäft für eigene Rechnung des Gründers vorgenommen wurde. Die Mitgesellschafter werden nach diesem Vorschlag auch kein größeres Risiko übernehmen müssen als nach der jetzigen Rechtslage, da ihnen im Fall eines Missbrauchs der Vertretungsmacht ebenfalls ein Regressanspruch im

zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen) , 第 57-59 页; dazu auch die Literatur: 江必新 (Jiang, Bixin) , 何东宁 (He, Dongning) , 第 9 页。

³²⁷ Zu dieser Problematik wird teilweise in der Literatur vorgeschlagen, dass die Frage prozessual zu behandeln ist. Das heißt, es ist, statt materielle Kriterien zu suchen, danach zu fragen, ob die fragliche einzelne Geschäftsaufnahme Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erhalten hat. Dazu siehe: 郭雳 (Guo, Li) , 第 144 页。

Innenverhältnis zusteht. Eigentlich wird die Situation der Gesellschafter schon dadurch erleichtert, dass der Vorstand funktioniert und ihre Aufgaben hinsichtlich der Geschäftsführungsangelegenheiten wahrnimmt. Für die Ausübung der Organvertretungsmacht durch den gesetzlichen Repräsentanten soll die jeweils angegebene Bezeichnung dabei keine Rolle spielen. Zudem ist die Geschäftsaufnahme für die zukünftige GmbH mit gesonderter Vereinbarung möglich. Die vorgenommenen Rechtsgeschäfte betreffen dann nur die später registrierte GmbH.

5. Haftung der Vor-GmbH und der Gesellschafter

5.1 Haftung der Vor-GmbH

5.1.1 Haftung der Vor-GmbH in Deutschland

Die Vor-GmbH haftet in Deutschland wie die spätere GmbH mit dem Gesellschaftsvermögen für ihre Verbindlichkeiten³²⁸. Für das Verschulden ihrer Organe haftet sie in analoger Anwendung des § 31 BGB³²⁹. Auch das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen im Rahmen von Sonderrechtsverhältnissen gemäß § 278 BGB sowie ihrer Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB wird ihr zugerechnet³³⁰.

5.1.2 Haftung der Vor-GmbH in China

Für Rechnung der errichteten GmbH könnten die Gesellschafter im Gründungsstadium entweder im Namen der Vorgesellschaft bzw. der fertigen GmbH oder im eigenen Namen handeln (§§ 2, 3 BeoVAGe III). Im letzteren Fall muss die GmbH noch konkludent oder ausdrücklich die Geschäfte übernehmen, um sich zu berechtigen und zu verpflichten (§ 2 II BeoVAGe III). Nach der herrschenden

³²⁸ Raiser/Veil, Rn. 110.

³²⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 39, 96; Henssler/Strohn, Rn. 28; NJW-RR 1989, 637; Scholz/K. Schmidt, Rn. 77; Michalski/Funke, Rn. 64; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 26; Ulmer/Habersack, Rn. 85; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 105; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 22; Beuthien, BB 1996, 1337 f.; Raiser/Veil, Rn. 110.

³³⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 39; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 28; Scholz/K. Schmidt, Rn. 77; Auch Beuthien, BB 1996, 1337, 1339.

Meinung³³¹ steht unter diesen Umständen dem Vertragspartner ein Wahlrecht zu. Er kann seine aus einem getätigten Geschäft resultierenden Ansprüche entweder gegenüber der registrierten GmbH oder dem handelnden Gründer geltend machen. Das Gründungsstadium wird, wie erwähnt, in den Justizbestimmungen nicht geregelt. Jedoch sollen die genannten Regeln, in einer weiten Auslegung, vorverlegt auch für die Vor-GmbH gelten³³².

Liegt bei der GmbH-Errichtung eine Delikthandlung eines Gesellschafters vor, so geht die ausgelöste Haftung auf die GmbH über, falls die Registrierung erfolgt. Andernfalls haften alle Gründer (§ 5 I BeoVAGe III). Regressansprüche haben die Mitgesellschafter, die kein Verschulden vertreten, nur im Innenverhältnis (§ 5 II BeoVAGe III). Diese Regelungen sind dahin zu verstehen, dass bereits die Vor-GmbH haftet. Ansonsten würde bei diesem Übergang der Vorhaftungsträger fehlen.

5.2 Haftung der Gesellschafter

5.2.1 Verlustdeckungshaftung vor Eintragung der Gesellschaft in Deutschland

5.2.1.1 Umfang der Verlustdeckungshaftung

Mit Verlustdeckungshaftung ist gemeint, dass die Gesellschafter für alle Unterbilanz auslösenden Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft bis zu ihrer Eintragung in

³³¹ Eine Gegenauffassung geht davon aus, dass der Handelnde nach der Vertragsübernahme der Gesellschaft immer noch als Gesamtschuldner zur Leistung zur Verfügung steht. Dabei besteht also kein Wahlrecht. Dazu siehe das Urteil: 北京市第一中级人民法院 (Das erste Volksgericht der Mittelstufe von Peking), 闫林诉权金城特许经营纠纷案; auch die Literatur: 何侃 (He, Kan), 第 38 页. Dem ist nicht zu folgen, da diese Auffassung der Justizbegründung eindeutig zuwiderläuft. Dazu siehe: 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 35 页; auch die Literatur: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 7 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 73 页; 石金平 (Shi, Jinping), 第 69 页.

³³² So auch das Urteil: 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案. Demnach haftet die Gesellschaft bereits vor der Registrierung.

unbeschränkter anteilmäßiger Innenhaftung³³³ haften. Verluste müssen entweder aus Geschäften, die der Geschäftsführer innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht namens der Vor-GmbH vorgenommen hat³³⁴, oder aus gesetzlichen Verbindlichkeiten³³⁵ resultieren, die ohne vorzeitige Geschäftsaufnahme und besondere Zustimmung entstehen können³³⁶. Soweit einzelne Gesellschafter der Geschäftsaufnahme nicht ausdrücklich oder konkludent zugestimmt haben, sind sie von der Haftung befreit³³⁷. Ein neu eingetretener Gesellschafter haftet auch für die vor seinem Eintritt entstandenen Altverbindlichkeiten³³⁸. Eine Ausgleichspflicht der Gesellschafter für Altschulden des als Sacheinlage eingebrachten Unternehmens, die die Vor-GmbH gemäß § 25 HGB übernimmt, hat das Reichsgericht³³⁹ verneint.

5.2.1.2 Geltendmachung der Verlustdeckungshaftung

Ob Geltendmachung der Verlustdeckungshaftung das Scheitern der Eintragung voraussetzt, ist umstritten. Während das Grundsatzurteil des BGH³⁴⁰ dies bejaht und teilweise Zustimmung in der Literatur gefunden hat³⁴¹, vertritt die Gegenauffassung³⁴² eine kontinuierliche Ausgleichspflicht der Gesellschafter, wonach dieser Anspruch jederzeit durch pfändende Gläubiger geltend gemacht werden kann, sofern Verluste wegen Geschäftsaufnahme entstehen. Für die erste Ansicht spricht die Schwierigkeit bei der Feststellung der Verlusthöhe vor dem Scheitern der Eintragung und das erhebliche Prozessrisiko³⁴³, da die Verlusthöhe

³³³ BGHZ 134, 333, 339 ff.; BGHZ 149, 273, 274.

³³⁴ BGHZ 65, 378, 381 f.; BGHZ 72, 45, 47.

³³⁵ BAG NJW 1996, 3165; BFH DStR 1998, 1129; BSG NZI 2000, 389; Beuthien, BB 1996, 1337 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25.

³³⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25.

³³⁷ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 31.

³³⁸ Scholz/K. Schmidt, Rn. 95; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 26.

³³⁹ RGZ 143, 368, 372; K. Schmidt, 1972, 338 ff.

³⁴⁰ BGHZ 134, 333, 341; Meister, 549.

³⁴¹ Monhemius, 387; Michalski/Funke, Rn. 66.

³⁴² Ulmer/Habersack, Rn. 121; Ulmer, ZIP 1996, 733, 738; Michalski/Funke, Rn. 69; Außenhaftung: Scholz/K. Schmidt, Rn. 95; Zöller, 1410.

³⁴³ Gummert, DStR 1997, 1007, 1010; Monhemius, 387.

noch nicht endgültig sei und sich durch spätere Gewinne ausgleichen lasse³⁴⁴. Für die gegenteilige Ansicht spricht die Möglichkeit für Gesellschafter, sich durch vorheriges Ausscheiden aus der Gesellschaft dieser Verlustdeckungshaftung zu entziehen³⁴⁵. Zudem könne diese, der Sache nach, während des gesamten Gründungsstadiums kontinuierlich existierende Verlustausgleichspflicht³⁴⁶ nicht erst im Zeitpunkt des Scheiterns der Eintragung und aus nichts entstehen³⁴⁷. Die Anknüpfung der Haftung an diesen Zeitpunkt sei vielmehr auf die früher vertretene beschränkte Außenhaftung zurückzuführen und unter deren Aufgabe nicht mehr haltbar³⁴⁸.

Eine vermittelnde Ansicht³⁴⁹ berücksichtigt alle relevanten Faktoren und unterscheidet also zwischen Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs aus Verlustdeckungshaftung. Demnach entsteht dieser bereits mit dem eingetretenen Verlust, wird aber erst mit dem Scheitern der Eintragung fällig. Praktische Probleme und dogmatische Probleme sind mit dieser Deutungsweise bewältigt.

5.2.1.3 Verlustdeckungshaftung als Innenhaftung mit Ausnahmen

Verlustdeckungshaftung als Innenhaftung besagt, dass die Gründer nicht dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger ausgesetzt sind, sondern nur gegenüber der Vor-GmbH haften. Dieses Modell begründet der BGH mit systematischen Erwägungen, etwa damit, dass der Unversehrtheitsgrundsatz nicht nur im Zeitpunkt der Eintragung, sondern auch während des gesamten Gründungsstadiums sichergestellt sein muss³⁵⁰. Dadurch wird eine zum Ausgleich entstandener Verluste fortdauernde Pflicht der Gesellschafter geschaffen³⁵¹. Für eine Innenhaftung spreche auch, dass ein Wettlauf der Gläubiger bei Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Gesellschafter vermieden und eine gleichmäßige

³⁴⁴ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 26.

³⁴⁵ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 89.

³⁴⁶ Scholz/K. Schmidt, Rn. 89.

³⁴⁷ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 89.

³⁴⁸ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 89.

³⁴⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 26.

³⁵⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 75.

³⁵¹ Dauner-Lieb, 82, 89 f.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 89; Schütz, 733.

Befriedigung erzielt wird³⁵². Darüber hinaus sei es für Gesellschafter als Kapitalanleger, die sich nur geringfügig beteiligen, unzumutbar, dass stets von Gläubigern gegen sie vorgegangen werde³⁵³, insbesondere nicht wegen einer gesamtschuldnerischen Außenhaftung³⁵⁴.

Es steht der Binnenhaftung als Regelfall aber nicht entgegen, dass den Gläubigern, aufgrund einiger in der Literatur und Rechtsprechung anerkannter Fallgruppen, ausnahmsweise durch zugelassene Außenhaftung ermöglicht wird, unmittelbar auf das Privatvermögen der Gesellschafter zuzugreifen, wenn im Einzelfall eine vorherige Inanspruchnahme der Vor-GmbH durch Innenhaftung aussichtslos oder für die Gläubiger unzumutbar ist. Dies hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung als Möglichkeit eingeräumt³⁵⁵.

Als der erste Ausnahmefall ist die unechte Vorgesellschaft³⁵⁶ zu nennen. Jedoch bildet sie eigentlich keine Ausnahme vom Binnenhaftungsmodell, sondern von der Vorgesellschaft, da sie schon keine Vorgesellschaft mehr ist³⁵⁷. Um eine Außenhaftung zu vermeiden, muss die Vor-GmbH nach dem Scheitern der Gründung die Geschäftstätigkeit einstellen und umgehend gemäß §§ 60 ff. liquidieren³⁵⁸.

Die Außenhaftung kommt auch zur Anwendung, wenn es sich dabei um eine Einpersonen-Vor-GmbH³⁵⁹ handelt. Die Gläubiger müssen in diesem Fall nicht den Umweg über das Binnenhaftungsmodell gehen³⁶⁰, weil der einzige Gesellschafter

³⁵² BGHZ 134, 333, 340; Goette, DStR 1996, 517, 519; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 29; Kort, ZIP 1996, 109, 114; Lutter, 1077; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 75.

³⁵³ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 75, 79.

³⁵⁴ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 29.

³⁵⁵ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 80.

³⁵⁶ BGHZ 152, 290; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 22; Theobald, S. 50 f.; Ulmer/Habersack, Rn. 28, 81.

³⁵⁷ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 81.

³⁵⁸ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 177; Peetz, 935; Drygala, ZIP 2002, 2311, 2313.

³⁵⁹ BGHZ 134, 333, 341; Lutter, 1073, 1077; Ulmer, ZIP 1996, 733, 737; Ulmer/Habersack, Rn. 84; Wiegand, 1069.

³⁶⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; Gummert, DStR 1997, 1007, 1010; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 82.

ohnehin allein und vollumfänglich für alle Verluste haftet³⁶¹. Als weitere Argumentation ist von der Sonderstellung des Einzelgesellschafters abzuleiten, dass die Gläubiger in diesem Fall schutzwürdiger³⁶² sind, weil der Gesellschafter keiner Kontrolle durch Mitgesellschafter unterliegt und die Inanspruchnahme seines Privatvermögens dadurch leicht vermeiden kann, dass er selber als Geschäftsführer oder durch alleiniges Weisungsrecht die von Gläubigern geltend gemachte Haftungsforderung gegenüber einem Fremdgeschäftsführer aus Gesellschaftsvermögen ausgleicht³⁶³. Seine Haftung als Handelnder im Sinn des § 11 II bleibt unberührt³⁶⁴.

Gibt es nur einen Gläubiger der Vor-GmbH³⁶⁵, ist eine persönliche Innenhaftung der Gesellschafter ebenfalls ausgeschlossen, weil deren Zweck, den möglichen Wettlauf der Gläubiger zu verhindern und ihre gerechte Befriedigung zu sichern, entfällt. Diese Ausnahme ist allerdings nicht praktikabel, weil der Gläubiger normalerweise keine Kenntnis davon hat, dass er der einzige Gläubiger der Vor-GmbH ist³⁶⁶. Um ein erhöhtes Prozessrisiko zu vermeiden, verklagt er für alle Fälle zuerst die Gesellschaft.

Eine unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter ist auch zugelassen bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH³⁶⁷. Das beruht auf der Prozessökonomie³⁶⁸. Jedoch verschärft sich in diesem Fall das Risiko des Gläubigerwettlaufs³⁶⁹. Um diesen zu vermeiden, ist eine bloße Innenhaftung anzunehmen³⁷⁰. Fraglich ist, wann Vermögenslosigkeit vorliegt. In der Rechtsprechung wird eine Vor-GmbH für vermögenslos gehalten, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen

³⁶¹ Ulmer/Habersack, Rn. 84; Drygala, Jura 2003, 433, 440; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 82.

³⁶² Ulmer/Habersack, Rn. 84; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 82.

³⁶³ Ulmer/Habersack, Rn. 84.

³⁶⁴ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 82.

³⁶⁵ BGHZ 134, 333, 341; Lutter, 1073, 1077; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 83; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27.

³⁶⁶ Cebulla, 976; Drygala, Jura 2003, 433, 440.

³⁶⁷ BAG Urt. 10 AZR 165/98; BAG Urt. 10 AZR 908/94; BFH Urt. VII R 82/97; BSG NJW-RR 2000, 1125; Lutter, 1073, 1077.

³⁶⁸ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 34;

³⁶⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.

³⁷⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.

Massenmangel abgelehnt wird³⁷¹, oder nach Eröffnung wegen Massenunzulänglichkeit eingestellt worden ist³⁷² und der Insolvenzverwalter die Durchgriffsansprüche auch nicht durchsetzt³⁷³. Kritisiert wird diese Auffassung wegen der in diesem Fall der Gesellschaft noch zustehenden Verlustdeckungsansprüche³⁷⁴. Als Lösung dieser Frage sollen solche Ansprüche außer Betracht gelassen werden³⁷⁵, da eine Inanspruchnahme der vermögenslosen Vor-GmbH unzumutbar ist. Manche schlagen sogar vor, bei Geschäftsführungslosigkeit einer Vor-GmbH deren Vermögenslosigkeit anzunehmen. Dem ist nicht zu folgen, weil aus dem Fehlen des Geschäftsführers nicht auf diese zu schließen ist und eine voreilige Inanspruchnahme der Gesellschafter zur Folge haben könnte³⁷⁶. Im Übrigen wird die Gesellschaft bei der Geschäftsführungslosigkeit passiv durch Gesellschafter vertreten.

Zu beachten ist noch, dass die unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter nicht aus personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen resultiert. Sie stellt keine eigenständige Außenhaftung, sondern nur eine Ausnahme³⁷⁷ vom Binnenhaftungsmodell dar. Deshalb handelt es sich dabei nur um eine anteilige Haftung und keine Gesamtschuld der Gesellschafter³⁷⁸.

5.2.1.4 Problematik der Innenhaftung

³⁷¹ BAG NJW 1997, 3331; BFH NJW 1998, 2926; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.

³⁷² BAG Ur. 10 AZR 165/98; BAG Ur. 10 AZR 238/05; BAG ZIP 1997, 1544; BFH DStR 1998, 1129.

³⁷³ BAG Ur. 10 AZR 238/05.

³⁷⁴ LAG Köln DStR, 1998, 178, 179; Lutter, JuS 1998, 1073, 1077.

³⁷⁵ Wiegand, 1065, 1069; Ulmer/Habersack, Rn. 83; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84; Gummert, DStR 1997, 1010; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27.

³⁷⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.

³⁷⁷ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.

³⁷⁸ BAG Ur. 10 AZR 165/98; BAG ZIP 1997, 1544; BFH DStR 1998, 1129; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 38; MüKoGmbHG/Merkt GmbHG § 11 Rn. 85; andere Auffassung: BAG Ur. 9 AZR 483/96; Altmeppen, 3275.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 95.

Die unbeschränkte Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter erhält zwar Zustimmung in der Literatur³⁷⁹ sowie von der Rechtsprechung des BAG³⁸⁰, BSG³⁸¹ und BFH³⁸², ist aber nicht unumstritten³⁸³, wenn es zu ihrem Innenhaftungsmodell kommt. Diejenigen³⁸⁴, die dagegen eine gesamtschuldnerische Außenhaftung entsprechend § 128 HGB oder § 54 BGB befürworten, begründen dies vor allem mit allgemeinen Grundsätzen. Demnach stelle eine unbeschränkte Innenhaftung der Gesellschafter eine Ausnahme dar, die der Rechtfertigung bedürfe³⁸⁵. Tatsächlich gebe es dafür keine Sonderregelung außerhalb des auf die vollendete GmbH anwendbaren § 13 II. Das GmbHG kenne auch kein generelles *Prinzip der Innenhaftung*³⁸⁶. Zudem sei der Handelndenhaftung gemäß § 11 II zu entnehmen, dass der Gesetzgeber zu einer Außenhaftung der Gründer neige³⁸⁷. Darüber hinaus entspreche die mit der Innenhaftung erreichte Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung auch nicht der Grundkonzeption des GmbHG, dass eine Haftungsbeschränkung erst durch den beim Registergericht überprüften und somit gesicherten unversehrten Haftungsfonds gerechtfertigt sei, da die Gläubiger damit einen entsprechenden Ausgleich erhielten³⁸⁸.

Trotzdem ist nicht zu übersehen: bei der Wahl zwischen Binnen- und Außenhaftungsmodell handelt es sich vor allem um die Form der Abwicklung der

³⁷⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 79; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 29; Cebulla, 975; Dauner-Lieb, 91; Gehrlein, NJW 1996, 1193; Lutter, 1073, 1076 f.; Schütz, 727, 732; Scholz/K. Schmidt, Rn. 86 f.; Lieb, S. 399, 414 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 96 f.; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 49; Gehrlein, NJW 1996, 1193; Ulmer, ZIP 1996, 733.

³⁸⁰ BAG NJW 1996, 3165.

³⁸¹ BSG ZIP 2000, 494, 496.

³⁸² BFH NJW 1998, 2926.

³⁸³ Dauner-Lieb, 87 ff.; Schütz, 727, 732 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 94.

³⁸⁴ Scholz/K. Schmidt, Rn. 91 ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 22; Kleindiek, ZGR, 1997, 427, 436 ff.; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 55; Michalski/Funke, Rn. 67; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 97 ff.; Zöllner, FS Wiedemann, 2002, 1383, 1405 ff.; Beuthien, Zur Haftung der Vorgenossenschaft, WM 2002, 2261, 2262; Raiser/Veil, Rn. 124 ff.; Altmeppen, 3272 ff; Flume, DB 1998, 48 ff..

³⁸⁵ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 28.

³⁸⁶ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 97; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76; über das Prinzip der Innenhaftung: Hartmann, 66, 71; Ulmer, ZIP 1996, 733, 738; Schütz, 732.

³⁸⁷ Kleindiek, 437; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 97; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76.

³⁸⁸ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 28.

Haftungsansprüche, nicht hingegen um den Haftungsumfang³⁸⁹. Deshalb gehen manche für die Außenhaftung sprechenden Autoren³⁹⁰ alleine von prozessökonomischen Gründen aus, da den Gläubigern beim Binnenhaftungsmodell ein unzumutbares Prozess- und Vollstreckungsrisiko aufgebürdet werde. Es tauchten nicht selten Beweisschwierigkeiten auf³⁹¹. Die Gläubiger könnten regelmäßig kaum feststellen, ob die Vor-GmbH noch über Vermögen verfüge und wie viele Gläubiger es gebe. Schließlich wird auch argumentiert, dass die Gesellschafter nach dem Außenhaftungsmodell umfänglich nicht strenger als beim Binnenhaftungsmodell hafteten³⁹², da die übrigen Gesellschafter in Regress genommen werden könnten. Deshalb dürften sie hinsichtlich des Haftungs- und Regressrisikos keinen besonderen Schutz durch eine auf das Innenverhältnis beschränkte Haftung erhalten³⁹³.

5.2.1.5 Ausfallhaftung

Bei der persönlichen Innenhaftung der Gesellschafter handelt sich um eine anteilige Verpflichtung. Scheitert die Vollstreckung gegen einzelne Gesellschafter, dann haften die Übrigen, die vorzeitiger Geschäftsaufnahme zugestimmt haben müssen, analog § 24 für den Ausfall³⁹⁴.

5.2.2 Gründerhaftung als besonders auszugestaltende Außenhaftung in China

5.2.2.1 Gründerhaftung bei gescheiterter GmbH-Errichtung

5.2.2.1.1 Umfang der Gründerhaftung

³⁸⁹ Schmidt, ZHR 156, (1992), 93, 115; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76.

³⁹⁰ Scholz/K. Schmidt, Rn. 91; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 98.

³⁹¹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 86.

³⁹² MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 78; Scholz/K. Schmidt, Rn. 91; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 98.

³⁹³ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 78; Scholz/K. Schmidt, Rn. 91.

³⁹⁴ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 31; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25.

In den Justizbestimmungen wird eine unbeschränkte Gründerhaftung für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft vorgeschrieben, falls die GmbH-Errichtung scheitert (§§ 4, 5 BeoVAGe III). Dazu gehören die Pflichten aus Geschäften (§§ 2, 3 BeoVAGe III), die der gesetzliche Repräsentant vorgenommen hat oder die durch Übernahme auf die Gesellschaft übergegangen sind, und gesetzliche Verbindlichkeiten wegen Delikthaftung (§ 5 BeoVAGe III) sowie sonst entstandener Gebühren (§ 4 BeoVAGe III). Ausgeschlossen davon sind jedoch die Altschulden des als Sacheinlage eingebrachten Unternehmens, deren Übernahmen keine erforderliche Zustimmung der Gläubiger gemäß §§ 6, 7 BeoVUmEiUn erhalten haben. Da der Beginn des Handelsgewerbes, wie oben vorgeschlagen, von der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter abhängen soll, sind diejenigen von ihnen, die keine Zustimmung ausdrücklich oder konkludent erteilt haben, von der Haftung aus vorzeitiger Geschäftsaufnahme befreit. Nach analoger Anwendung des § 44 II PUnG haftet ein neu eingetretener Gesellschafter auch für die vor seinem Eintritt entstandenen Altverbindlichkeiten.

5.2.2.1.2 Die Gründerhaftung als Außenhaftung

Nach der Justizbestimmung wird die Gründerhaftung als eine Außenhaftung ausgestaltet. Das ist dem Wortlaut nach eindeutig. Die Gläubiger dürfen auf die Gründer unmittelbar zugreifen, und die Gründer haften gesamtschuldnerisch (§§ 4 I, 5 I BeoVAGe III). Ein Unterschied besteht nur darin, dass der Gläubiger bei Verbindlichkeiten aus Geschäftsaufnahme und sonst entstandenen Gebühren nach seinem Belieben alle Gesellschafter oder nur einen Teil von ihnen zur Leistung fordern darf (§ 4 I BeoVAGe III), während bei Pflichten aus unerlaubten Handlungen nur die Inanspruchnahme aller Gesellschafter zulässig ist (§ 5 I BeoVAGe). Es fehlt eine Begründung dazu. Vermutlich liegt diese Differenzierung an einem sprachlichen Fehler der chinesischen Bestimmung, da, der Justizbegründung nach, die Gläubiger bei einer Delikthaftung des Gesellschaftsorgans ebenfalls Ansprüche nur gegenüber einem Teil der Gesellschafter geltend machen dürfen³⁹⁵. Zudem

³⁹⁵ 奚晓明 (Xi, Xiaoming) , 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen) , 第 91 页。

entspricht diese Ansicht auch einer eigenständigen gesamtschuldnerischen Haftung im Sinn des § 87 AGZ sowie des § 178 I ATZ im allgemeinen.

5.2.2.2 Fortbildung der Gründerhaftung im Gründungsstadium

5.2.2.2.1 Unbeschränkte Gründerhaftung vor Registrierung

Nach dem Wortlaut der §§ 4, 5 BeoVAGe III setzt die Inanspruchnahme der Gründerhaftung das Scheitern der GmbH-Errichtung voraus. Dazu können entweder die endgültige Ablehnung der Registrierung oder die anderen oben aufgezählten Auflösungsgründe führen. Mit anderen Worten sind die Fragen, ob eine kontinuierliche Ausgleichspflicht der Gesellschafter auch während des Gründungsstadiums besteht, und wenn ja, ob demgemäß die Gläubiger jederzeit diesen Ausgleich beanspruchen können, nicht geregelt. Eine Antwort auf die erste Frage ist nicht schwer zu geben. Einerseits ist das Vorhandensein einer unbeschränkten Gründerhaftung nach den Grundsätzen des Zivilrechts selbstverständlich, obwohl es im Gesellschaftsgesetz, außer der Haftungsbeschränkungsvorschrift (§ 3 GeG), die auf Vor-GmbH nicht anwendbar ist, keine weiteren Anhaltspunkte gibt. Andererseits kann die inzwischen von der Rechtsprechung anerkannte Gründerhaftung beim Scheitern der GmbH-Errichtung nicht aus nichts entstehen. Es fragt sich nur, unter welchen Bedingungen der fragliche Anspruch geltend gemacht werden kann. Zumindest ist der Justizbestimmung nach klar, dass das Oberste Volksgericht wohl zu einer Außenhaftung neigt, da es beim Scheitern der GmbH-Errichtung keinen Unterschied zwischen Vor-GmbH und unechter Vor-GmbH macht. Für alle Fälle gilt eine gesamtschuldnerische Außenhaftung gemäß §§ 4, 5 BeoVAGe III.

5.2.2.2.2 Nachrangige Außenhaftung der Gründer

Dagegen wird von uns ein besonderes Außenhaftungsmodell vertreten³⁹⁶. Damit ist gemeint, dass die Vor-GmbH die Gläubiger zuerst mit eigenem Vermögen befriedigen soll, bevor ein Zugriff auf das Privatvermögen aller Gesellschafter als Gesamtschuldner gestattet wird. Diese Auffassung wird das Oberste Volksgericht wohl auch nicht zurückweisen, da in seinem Grundurteil von 2005³⁹⁷ so entschieden wird, dass die als Prozesspartei auftretende „Gesellschaft in Gründung“ zum Ausgleich ihrer Schulden verpflichtet ist. Ob ihre Gesellschafter mithaften sollen, wird überhaupt nicht erwähnt.

Für eine Außenhaftung spricht vor allem die Tatsache, dass die Gesellschafter der Vor-GmbH als Kapitalanleger nicht damit rechnen, dass gegen sie ständig von Gläubigern vorgegangen werden könnte. Sonst hätten sie zum Betrieb des Handelsgewerbes nicht die GmbH als Handelsgesellschaftsform gewählt.

Hinzu kommen noch die systematischen Erwägungen, die sich auf die Besonderheiten des chinesischen Rechts stützen, da im chinesischen Handelsrecht die hier vorgeschlagene Außenhaftung die Grundform der Verbandsmitgliedhaftung darstellt, nicht die gesamtschuldnerische Haftung im eigentlichen Sinn des § 87 AGZ sowie des § 178 ATZ. Das Partnerschaftsunternehmensgesetz schreibt zwar vor, dass die gewöhnlichen Partner entweder gemäß § 2 II PUnG (Gewöhnliche Partnerschaftsunternehmen) oder gemäß §§ 2 III, 83, 84 PUnG (Beschränkte Partnerschaftsunternehmen) gesamtschuldnerisch haften, dass die Gläubiger des Partnerschaftsunternehmens sie aber nicht direkt in Anspruch nehmen dürfen. Stattdessen muss ein Umweg über das Unternehmen gegangen werden, sofern das Partnerschaftsunternehmen noch über Vermögen verfügt. Das heißt, diese Partnerhaftung ist nicht primär und unmittelbar. Die Partner haben also eine Einrede wie bei einer Bürgschaft. Wenn die Verbindlichkeiten des Partnerschaftsunternehmens nicht auszugleichen sind, haften die Partner erst untereinander als Gesamtschuldner nach § 39 PUnG. Demnach

³⁹⁶ Eine andere Auffassung vertritt zwar auch eine nachrangig stehende Gründerhaftung, meint aber, die Mitgesellschafter hafteten nur bis zur Höhe ihrer ausstehenden Einlagen. Für die nicht ausgeglichenen Verbindlichkeiten haftet dann der Handelnde unbeschränkt. Dazu siehe: 吴越, 第 40 页。

³⁹⁷ Siehe das Urteil: 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案。

haftet jeder nicht anteilmäßig, sondern für *alle* nicht ausgeglichenen Schulden und darf nicht auf die Mitpartner verweisen. Einen Regress kann er im Innenverhältnis nehmen (§ 40, § 33 I PUnG). Auf jeden Fall ist eine unternehmenstragende Vor-GmbH offensichtlich unabhängiger von den Mitgliedern als ein Partnerschaftsunternehmen. Man muss also auch ein entsprechend konzipiertes Haftungsmodell für sie gelten lassen. Dabei handelt es sich nicht um eine rein prozessuale Frage, auf die man die Auswahl der Haftungsform reduzieren darf, da eine Benachteiligung der Vor-GmbH in diesem Punkt offensichtlich gegen die Systematik des geltenden Rechts verstoßen würde. Wenn man die Besonderheiten der Vor-GmbH beachtet und eine Gründerhaftung für sie ausgestaltet, ist den Gründern das durch ein solches Außenhaftungsmodell erreichte Privileg einzuräumen, damit die Mindestanforderung an eine widerspruchsfreie Rechtsdogmatik erfüllt wird.

Darüber hinaus lässt sich eine Verneinung der Haftungsbeschränkung nicht mit der Begründung rechtfertigen, dass eine Registrierung der Gesellschaft weder als GmbH noch als Partnerschaftsunternehmen erfolgt. Denn einerseits bejaht die hier vertretene Sonderaußenhaftung doch die vollständige Befriedigung der Gläubiger. Und andererseits genießen die Gründer einer GmbH in China viel mehr Vertragsfreiheit als in Deutschland hinsichtlich der Verschiedenheiten in den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Rechts. Man sollte also die zu vollziehende Überprüfung bei der Registrierungsbehörde nicht so aufwerten, dass die Vor-GmbH benachteiligt werden darf. Zudem kommt eine Registrierung als Partnerschaftsunternehmen wiederum wegen Unzweckmäßigkeit nicht in Betracht. Als dogmatische Voraussetzung für die hier vorgeschlagene Außenhaftung ist es erneut notwendig, die deutsche Deutungsweise einzuführen, die zwischen Entstehung und Fälligkeit der Gesellschafterhaftung unterscheidet. Das heißt, die Haftung wird grundsätzlich erst fällig, wenn die GmbH-Errichtung scheitert. Dies entspricht auch der durch BeoVAGe III bestimmten Rechtslage. Jedoch entsteht die Haftung hier nicht mit dem eingetretenen Verlust der Gesellschaft wie im deutschen Recht. Denn die hier konzipierte Gründerhaftung ist keine Verlustdeckungshaftung im Sinn des deutschen Rechts, die sich mit einer mit der Gesellschaftseintragung an ihre Stelle tretenden Vorbelastungshaftung verbindet, sondern wird aus den Grundsätzen der Außenhaftung im eigentlichen Sinn

abgeleitet und ist allein darauf gerichtet, dass die Gläubiger völlig befriedigt werden können. Insofern sollte die Gründerhaftung immer noch auf einer Außenhaftung beruhen. Das heißt, sie entsteht schon mit dem Beginn der Geschäftsaufnahme der Vor-GmbH und setzt in Rücksicht auf ihre Akzessorietät nur das Bestehen der Haftung der Gesellschaft voraus.

5.2.2.2.3 Unmittelbare Außenhaftung der Gründer als Ausnahme

Zu den Gruppenfällen, die meines Erachtens Ausnahmen darstellen und im Folgenden behandelt werden sollen, gehören die Fälle, in denen die Gründer der Außenhaftung im eigentlichen Sinn unterliegen. Zu erwähnen ist zunächst der Fall, dass die Vor-GmbH vermögenslos ist. Mein Vorschlag, diesen Fall hier einzuordnen, geht einerseits auf den Grundgedanken des Partnerschaftsunternehmensrechts zurück und lässt sich andererseits mit Rücksicht auf die Prozessökonomie rechtfertigen. Die unmittelbare Außenhaftung kommt zweitens auch zur Anwendung, wenn es sich um eine Einpersonen-Vor-GmbH handelt. Neben den Begründungen in der deutschen Literatur beruht die Einordnung dieses Falles auch darauf, dass im chinesischen Recht der Inhaber eines Einpersonenunternehmens keine Sonderstellung (die oben genannte nachrangige Haftung) hat, die den Partnern eines Partnerschaftsunternehmens eingeräumt wird. Eine Gleichbehandlung ist demnach nicht in der Parallelisierung begründet. Jedoch bildet der Fall, dass es nur einen Gläubiger der Vor-GmbH gibt, keine Ausnahme wie in Deutschland, da die oben gegebenen Begründungen einer Sonderaußenhaftung hier nicht zutreffen. Zudem lehrt uns die deutsche Erfahrung, dass es auch nicht praktisch ist. Denn der Gläubiger hat, wie gesagt, normalerweise keine Kenntnis davon, ob andere Gläubiger da sind. Um ein erhöhtes Prozessrisiko zu vermeiden, verklagt er für alle Fälle zuerst die Gesellschaft.

5.2.2.2.4 Keine Ausfallhaftung

Bei der persönlichen Haftung der Gesellschafter handelt sich um keine anteilsmäßige Außenhaftung, sondern im Wesentlichen um eine gesamtschuldnerische Haftung. Es ist also den Gläubigern überlassen, ob oder gegenüber welchen Gesellschaftern sie die Ansprüche geltend machen. Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, die Leistung völlig zu bewirken, und nimmt erst danach den Regress im Innenverhältnis.

5.3 Unechte Vor-GmbH

5.3.1 Unechte Vor-GmbH in Deutschland

Eine unechte Vor-GmbH liegt vor, wenn die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag zwar abgeschlossen, die Eintragung aber niemals beabsichtigt haben³⁹⁸, oder wenn sie den Geschäftsbetrieb fortsetzen, statt die Abwicklung zu betreiben, obwohl die Eintragungsabsicht nachträglich weggefallen³⁹⁹ ist oder die Eintragung gescheitert ist⁴⁰⁰. Nach der herrschenden Meinung sind die Regeln über Verlustdeckungshaftung nicht auf sie anwendbar⁴⁰¹, da ohne ernsthafte Gründungsabsicht nur eine GbR oder eine OHG entsteht, oder sich eine Vor-GmbH mit dem Zeitpunkt des Wegfalls der Eintragungsabsicht in diese umwandelt⁴⁰², je nachdem, ob bereits ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 II HGB betrieben wird

³⁹⁸ BGHZ 22, 240 ff; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 38; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 32; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 22; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; Raiser/Veil, Rn. 101.

³⁹⁹ BGH NZG 2004, 663; BFH DStR 1998, 1129; Michalski/Funke, Rn. 79; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 39; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 32; Ulmer/Habersack, Rn. 27; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 22; Raiser/Veil, Rn. 101.

⁴⁰⁰ NJW 2003, 429, 430; BFH DStR 1998, 1129; Ulmer/Habersack, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 81, 173; Michalski/Funke, Rn. 79; Raiser/Veil, Rn. 101.

⁴⁰¹ BFH DStR 1998, 1129; Scholz/K. Schmidt, Rn. 162 f.; Ulmer/Habersack, Rn. 28; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 24; Theoabald, S. 50 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 173.

⁴⁰² Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 38, 39; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 32; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 173.

(OHG) oder nicht (GbR). Für beide Fälle kommt der § 128 HGB unmittelbar oder analog zur Anwendung⁴⁰³. Genauer gesagt, wird es sich dabei nicht um eine bloß anteilige Haftung handeln, sondern nach der herrschenden Meinung um eine unbeschränkte Gesamtschuld der Gesellschafter nach außen. Nach der Rechtsprechung des BGH zählen zu den Verbindlichkeiten nicht nur die nach der Aufgabe der Eintragsabsicht entstandenen Schulden, sondern auch die begründeten⁴⁰⁴ oder gemäß §§ 25, 28 HGB übergegangenen⁴⁰⁵ Altschulden aus der Zeit davor. Die angewandte Außenhaftung hat nämlich eine Rückwirkung. Zudem erstreckt sie sich nach § 160 HGB und § 130 HGB auch auf Gesellschafter, die nach dem Entstehen der unechten Vorgesellschaft ausscheiden⁴⁰⁶ oder eintreten⁴⁰⁷. Für die vor der Umwandlung in eine unechte Vorgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter kommt dagegen nur die Verlustdeckungshaftung im Innenverhältnis in Betracht⁴⁰⁸.

In der Praxis ist die Aufgabe der Eintragsabsicht im Einzelfall schwer nachweisbar⁴⁰⁹, weil es auf das subjektive Element des Gründerwillens ankommt⁴¹⁰. Für den BGH bildeten diese Schwierigkeit sowie das Bedenken des Gläubigerwettlaufs einst die Gründe, die Innenhaftung auch bei unechten Vorgesellschaften, die sich zu einem späteren Zeitpunkt umwandeln, zu befürworten⁴¹¹. Diese Ansicht wurde in seiner späteren Revisionsentscheidung⁴¹² aufgegeben, da die durch die Innenhaftung erreichte Privilegierung derartiger Gesellschaften dogmatisch nicht gerechtfertigt werden kann. Sie sollten nicht anders als unechte Gesellschaften, bei denen von Anfang an keine Eintragung

⁴⁰³ Scholz/K. Schmidt, Rn. 99; Ulmer/Habersack, Rn. 28; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 24; Theobald, S. 50 f.; Kort, 109, 111; Monhemius, 384, 391; Wiegand, 1065, 1070; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 95, 178; Wicke, Rn. 11; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 38, 40.

⁴⁰⁴ BGHZ 152, 290, 294; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 24; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; Wiegand, 1070.

⁴⁰⁵ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 178.

⁴⁰⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 178.

⁴⁰⁷ Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 24; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 178.

⁴⁰⁸ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 178.

⁴⁰⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 176.

⁴¹⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 176.

⁴¹¹ BGHZ 134, 333, 341; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 174; Schmidt, GmbHR 2001, 27 ff..

⁴¹² BGHZ 152, 290.

beabsichtigt wird und die Gesellschafter nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen haften, behandelt werden⁴¹³. Eine Gesellschaftsform würde auch dann geschaffen, wenn sie den Charakter als eine werdende juristische Person verliert⁴¹⁴.

Dementsprechend hat der BGH hinsichtlich jener Beweisschwierigkeit bestimmte objektive Kriterien entwickelt. Indizien für ein Nichtvorhandensein der Eintragsabsicht könnten sein, dass bereits die Stellung des Eintragsantrages unterbleibt⁴¹⁵, dass den Beanstandungen des Registergerichts bei der Eintragung nicht abgeholfen wird⁴¹⁶, dass ein Gesellschafterbeschluss über die Auflösung der Gesellschaft vorliegt⁴¹⁷, oder dass ein Insolvenzantrag vom Geschäftsführer gestellt wird⁴¹⁸. Die lange Dauer des Eintragsverfahrens alleine genügt nicht⁴¹⁹. Bei näherer Betrachtung der Indizien stellt man fest, dass es sich nicht um eine endgültige Aufgabe der Eintrags- oder Abwicklungsabsicht handeln muss, sondern nur um eine entscheidende Vernachlässigung der Eintragung oder Abwicklung handeln kann⁴²⁰.

5.3.2 Rezeption der Rechtsfigur der unechten Vor-GmbH im chinesischen Recht

Wie erwähnt unterscheidet die chinesische Rechtsprechung nicht zwischen echter und unechter Vor-GmbH. Dieser Umstand schließt aber eine Rezeption der Rechtsfigur der unechten Vor-GmbH nicht aus. Sie bedarf nur der Begründung. Die Frage ist meines Erachtens in zweierlei Hinsichten zu sehen. Zum einen geht es um die praktische Seite hinsichtlich der Rechtsfolgen. Im deutschen Recht führt der

⁴¹³ BGHZ 22, 240 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 175; Ulmer/Habersack, Rn. 27; Scholz/K. Schmidt, Rn. 162 f.; BGHZ 152, 290, 154 f..

⁴¹⁴ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 175; BGHZ 152, 290.

⁴¹⁵ Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 39; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 32.

⁴¹⁶ BGHZ 152, 290; Scholz/K. Schmidt, Rn. 159, 162; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 39; Ulmer/Habersack, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 176.

⁴¹⁷ BAG Ur. 9 AZR 483/96.

⁴¹⁸ BAG Ur. 10 AZR 165/98.

⁴¹⁹ BGHZ 152, 290, 296.

⁴²⁰ Scholz/K. Schmidt, Rn. 162; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 176; Fleck, GmbHR 1983, 5, 15.

Rechtsstatus einer echten Vor-GmbH zur Privilegierung der Gesellschafter, deren Haftung durch das Binnenhaftungsmodell etwas beschränkt wird, wenn auch nicht im Umfang. Jedoch ist diese Privilegierung bei der chinesischen Rechtslage nicht gegeben, da das hier vertretene Außenhaftungsmodell für das chinesische Recht die Grundform der Verbandsmitgliederhaftung im Handelsrecht ist. Es gibt dort also keine Privilegierung des Vor-GmbH-Gesellschafters gegenüber dem Partner eines Partnerschaftsunternehmens. Zudem handelt es sich bei diesem Außenhaftungsmodell um keine anteilmäßige Haftung, sondern um eine Gesamtschuld. Auch in diesem Sinn besteht keine Privilegierung. Trotzdem wird eine Rezeption der Rechtsfigur der unechten Vor-GmbH doch noch praktisch wichtig, da eine verwaltungsrechtliche Sanktion in der Form der Geldbuße gemäß § 210 GeG wohl ausgelöst wird, einem Paragraphen, der die Rechtsfolgen für den Fall regelt, in dem der Handelnde keine GmbH gegründet hat, sich aber anmaßt, in deren Namen zu handeln.

Zum anderen betrifft die spezielle Erkenntnis der Gründerabsicht, die eine echte Vor-GmbH von einer unechten unterscheidet, auch die Rechtsdogmatik. Aus dieser Perspektive würde eine Differenzierung bedeutsam, da einerseits eine analoge Anwendung des GmbH-Rechts auf die Vor-GmbH die Identitätslehre voraussetzt, für deren Begründung das geltende Rechtssystem sowohl in China als auch in Deutschland nicht genügt, sondern, wie die Literatur in beiden Ländern zeigt, mit den relevanten Rechtstatsachen noch zu erfüllen ist. Dazu soll, dem deutschen Vorbild nach, der Gründerwillen zur GmbH-Errichtung gehören. Andererseits ist der Rechtsformzwang als einer der Grundsätze des Handelsrechts zu beachten, da in China für den Betrieb eines Handelsgewerbes immer eine Registrierung erforderlich ist. Ein „Istkaufmann“ wird nicht anerkannt. Eine unechte Vor-GmbH verliert die Rechtlichkeit, die sie nur als notwendiges Vorstadium zur GmbH-Errichtung genießt und insoweit ohne Vorliegen eines Auflösungsgrundes unproblematisch beanspruchen kann.

Außerdem wäre es sicherlich bedeutsam, die vom BGH entwickelten objektiven Kriterien hinsichtlich der Frage, ob die Absicht zur GmbH-Errichtung aufgegeben worden ist, ebenfalls zu übernehmen, da auch bei uns die Beweisschwierigkeiten existieren würden.

6. Übergang der Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die GmbH

6.1 Völliger Übergang mit Vorbelastungshaftung in Deutschland

6.1.1 Völliger Übergang ohne Übertragungsakt

Mit der Eintragung ins Handelsregister wird die Vor-GmbH gemäß § 11 I zu einer GmbH. Alle ihre Rechte und Pflichten werden auch zu solchen der GmbH, da, nach der Aufgabe des Vorbelastungsverbots, die volle Identität zwischen der Vor-GmbH und der eingetragenen GmbH in Rechtsprechung und Literatur einhellig anerkannt wird. Es entspricht zwar der allgemeinen Meinung, dass es keinerlei Übertragungsakts bedarf, die dogmatische Frage, wie der Übergang sich vollzieht, ist aber noch strittig. Manche⁴²¹ halten einen Übergang für unnötig, da sich aus der Identität der Gesellschaften auch eine Identität hinsichtlich der Rechtsverhältnisse ergebe. Eine Gegenansicht geht allerdings von einem Übergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge wie im Umwandlungsrecht aus (§§ 46 UmwG)⁴²², da der Strukturunterschied zwischen der Vorgesellschaft als Gesamthand und der GmbH als juristischer Person noch zu berücksichtigen sei⁴²³. Trotzdem ist der Streit um diese Frage praktisch nur von geringer Bedeutung.

Der reibungslose Übergang betrifft nicht nur Vermögenswerte⁴²⁴, sondern auch alle anderen Rechte und Verbindlichkeiten, die durch Rechtsgeschäfte begründet wurden⁴²⁵. Darunter wird beim Eigentum am Grundstück eine Berichtigung des Grundbuchs genügen⁴²⁶. Hierbei fällt also keine Grunderwerbsteuer an⁴²⁷. Laufende

⁴²¹ Feine, S. 201 ff.; F. Scholz, GmbHR 1956, 3, 4; Dilcher, 89, 92 ff; Scholz/K. Schmidt, Rn. 152 ff., 26; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 135; Weimar, 289, 291; Büttner, 130 ff.; Rittner, 325 f..

⁴²² BGH II ZR 31/81; Ulmer/Habersack, Rn. 87 ff.; Ulmer, FS Ballerstedt, 1975, 279, 300; Binz, 74 f., Fn. 193; Hüffer, 161, 167; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 58.

⁴²³ Ulmer/Habersack, Rn. 89; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 58.

⁴²⁴ Ulmer/Habersack, Rn. 90; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 56; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.

⁴²⁵ BGHZ 80, 129; BGH II ZR 31/81; Scholz/K. Schmidt, Rn. 152 f.; Ulmer/Habersack, Rn. 90; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 56; MüKoGmbHR/Merkt, Rn. 151.

⁴²⁶ Ulmer/Habersack, Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80; Scholz/K. Schmidt Rn. 41; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 14; MüKoGmbHG/Merkt Rn. 53.

Prozesse werden von der GmbH durch Berichtigung der Parteibezeichnung statt Parteiwechsel fortgesetzt, ohne unterbrochen werden zu müssen⁴²⁸. Die gegen die Vor-GmbH ergangenen Urteile sowie Vollstreckungstitel gelten ohne weiteres weiter⁴²⁹.

6.1.2 Vorbelastungshaftung

Für die Gesellschafter tritt an die Stelle der Verlustdeckungshaftung, die mit Eintragung wegen Zweckerreichung erlischt, die der Durchsetzung des Unversehrtheitsgrundsatzes dienende⁴³⁰ Vorbelastungshaftung. Nicht anders als die Verlustdeckungshaftung ist auch sie eine unbeschränkt anteilmäßige⁴³¹ Haftung im Innenverhältnis. Jedoch verhält es sich bei ihr anders mit der Höhe, die die Gesellschafter ausgleichen müssen. Bei der Verlustdeckungshaftung müssen die Gesellschafter nur die Verluste abdecken, während bei der Vorbelastungshaftung auch das Anfangskapital wieder aufgefüllt werden muss⁴³². Von der Innenhaftung gibt es nun keine Ausnahme mehr, da der nach Eintragung erstmalig zur Anwendung kommende § 13 II eine unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter verbietet⁴³³.

Als Zeitpunkt, in dem die Vorbelastungshaftung eingreift, sieht eine Gegenauffassung⁴³⁴ eine eintragungsreife Anmeldung an. Eine solche Vorverlegung wird damit begründet, dass die GmbH nicht erst mit der Eintragung

⁴²⁷ BFHE 64, 74; Ulmer/Habersack, Rn. 158; Scholz/K. Schmidt, Rn. 152; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.

⁴²⁸ Ulmer/Habersack, Rn. 90; Scholz/K. Schmidt, Rn. 156; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.

⁴²⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.

⁴³⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 154.

⁴³¹ BGHZ 80, 129, 141; BGH II ZR 115/81; Ulmer/Habersack, Rn. 112; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 165.

⁴³² Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 31; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 159; Gummert, DStR 1997, 1009.

⁴³³ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 156. Dies gilt auch bei einer vermögenslosen Einpersonengesellschaft: BGH II ZR 129/04.

⁴³⁴ Priester, ZIP 1982, 1141, 1146 ff.; K. Schmidt, NJW 1981, 1345, 1346; Schultz, 732, 736 f.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 135, 141.

entstehe, sondern mit der Vor-GmbH identisch sei⁴³⁵. Da diese Ansicht schon dem Wortlaut des § 11 I zuwiderläuft, stößt sie auf Widerstand⁴³⁶.

6.1.2.1 Feststellung der Unterbilanz

Der Differenzbetrag⁴³⁷ zwischen dem tatsächlichen Wert des Gesellschaftsvermögens und dem nominellen Stammkapital, für den die Gesellschafter unbeschränkt⁴³⁸ haften, ist durch die Erstellung einer Vermögensbilanz zu ermitteln⁴³⁹. Auf seinen Ausgleich sind bereits die Bestimmungen zur Kapitalaufbringung anzuwenden⁴⁴⁰. Wenn ein Gesellschafter bei der Zahlung ausfällt, so haften die übrigen Gesellschafter gemäß § 24⁴⁴¹. Die Ansprüche gegen die Gesellschafter werden mit der Eintragung fällig⁴⁴².

Fraglich ist, welche Verluste nicht zu dem Differenzbetrag zählen. Nach der herrschenden Meinung soll jede wertmäßige Differenz ungeachtet ihres

⁴³⁵ Scholz/K. Schmidt, Rn. 141.

⁴³⁶ Ulmer/Habersack, Rn. 104; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 159.

⁴³⁷ BGHZ 165, 391, 401; BGH II ZR 115/81; Gehrlein, BB 2006, 910; Goette, DStR 2006, 715; Luttermann/Lingl, NZG 2006, 455; Weitemeyer, NZG 2006, 648; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161; Ulmer/Habersack, Rn. 105; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28.

⁴³⁸ BGH II ZR 115/81; Ulmer/Habersack, Rn. 105; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28; Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 42.

⁴³⁹ BGHZ 165, 391, 396; BGHZ 124, 282, 286; BGHZ 140, 35, 38; Priester, ZIP 1982, 1141, 1142; Schulze-Osterloh, 535; Ulmer/Habersack, Rn. 108; Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164.

⁴⁴⁰ Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161; eine andere Auffassung bei Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 47 ff..

⁴⁴¹ BGHZ 80, 129, 141; BGHZ 124, 282, 283; Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 48; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161, 165.

⁴⁴² Ulmer/Habersack, Rn. 112; Michalski/Funke, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 165.

Entstehungsgrundes ausgeglichen werden⁴⁴³. Ausgeschlossen sind nur die im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Gründungskosten⁴⁴⁴.

Wenn vor Eintragung bereits eine als Unternehmen anzusehende Organisationseinheit entstanden ist, die einen eigenen Vermögenswert hat, dann ist sie mit dem Firmenwert nach Ertragswert des gesamten Unternehmens als Ganzes zu bewerten⁴⁴⁵. Ansonsten werden die Aktiva im Zeitpunkt der Eintragung nach Fortführungswerten⁴⁴⁶ oder Veräußerungswerten⁴⁴⁷ bewertet, je nachdem, ob die Gesellschaft noch fortzuführen oder schon überschuldet ist.

6.1.2.2 Verjährung der Ansprüche und Beseitigung der Unterbilanz

Der Ausgleichsanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter verjährt analog § 9 II⁴⁴⁸ in zehn Jahren. Wenn der zur Geltendmachung des Anspruchs pflichtige Geschäftsführer die Geltendmachung unterlässt oder die Verjährungsfrist verstreichen lässt, ist ihm eine Schadensersatzverpflichtung gemäß § 43 entstanden⁴⁴⁹. Zur Vermeidung genügt die Aktivierung des Anspruchs und seine Feststellung in der Bilanz⁴⁵⁰.

⁴⁴³ BGHZ 105, 300, 303; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28; Michalski/Funke, Rn. 141; Theobald, S. 63 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 162.

⁴⁴⁴ BGHZ 80, 129, 141; Ulmer/Habersack, Rn. 106; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Michalski/Funke, Rn. 141; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 162; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 62; Raiser/Veil, Rn. 112.

⁴⁴⁵ Luttermann/Lingl, NZG 2006, 454 f.; Weitemeyer, NZG 2006, 648, 649 f.; Fleischer, 752; Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; Ulmer/Habersack, Rn. 109; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164; BGHZ 165, 391, 396; BGHZ 140, 35, 36 f.; BGH II ZR 11/01.

⁴⁴⁶ BGHZ 165, 391, 396; Ulmer/Habersack, Rn. 109; Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164.

⁴⁴⁷ Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164.

⁴⁴⁸ BGHZ 105, 300; Ulmer/Habersack, Rn. 118; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28; Priester, ZIP 1982, 1141, 1143; Fleck, GmbHR 1983, 5, 13; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 167.

⁴⁴⁹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 149; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 167.

⁴⁵⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 167.

Umstritten ist, ob eine Beseitigung der Unterbilanz automatisch zum Erlöschen der Unterbilanzhaftung führt. Dafür spricht nach einer Auffassung, dass das Vorliegen der Unterbilanz die Basis der Vorbelastungshaftung bilde und ein Rückgriff der Gesellschafter für die Außenhaftung auf freies Gesellschaftsvermögen zulässig sei⁴⁵¹. Dagegen spricht jedoch sich der BGH aus⁴⁵², da der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung gelte.

6.1.2.3 Verhältnis zur Differenzhaftung des Sacheinlegers gemäß § 9 GmbHG

Für die sich aus eingebrachter Sacheinlage ergebende Differenz kommt grundsätzlich der § 9 GmbHG vorrangig zur Anwendung⁴⁵³. Um die entsprechende Höhe der im Zeitpunkt der Anmeldung feststehende Differenz reduziert sich der Anspruch der Gesellschaft aus Vorbelastungshaftung, da die Differenzhaftung aus § 9 nur den Zeitraum bis zur Anmeldung der Gesellschaft erfasst, während nach der Anmeldung nur noch die Verlustdeckungshaftung in Betracht kommt⁴⁵⁴. Fraglich ist, ob dieser Vorrang sich auch auf die vor Anmeldung eingetretenen Verluste erstreckt. Die Dagegensprechenden begründen ihre Ansicht damit, dass die Gründer – so wird unterstellt – das Risiko des Verlustes ab Einbringung der Sacheinlagen gemeinsam tragen wollten⁴⁵⁵.

6.1.2.4 Unterbilanz als Eintragungshindernis

Die Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung muss nach herrschender Meinung⁴⁵⁶ ausgeglichen sein. Ansonsten führt sie zur Ablehnung der Eintragung. Die

⁴⁵¹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 150.

⁴⁵² BGHZ 165, 391, 396 f..

⁴⁵³ Scholz/K. Schmidt, Rn. 148; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 30; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 169.

⁴⁵⁴ Scholz/K. Schmidt, Rn. 148; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 30; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 169.

⁴⁵⁵ Scholz/K. Schmidt, Rn. 148.

⁴⁵⁶ BGHZ 80, 129, 143; Theobald, 67; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 171.

Gegenauffassung⁴⁵⁷ sieht die nach Anmeldung eintretende Unterbilanz schon nicht mehr als Eintragungshindernis an. Da eine Überprüfung durch das Registergericht weder praktikabel noch der Dogmatik nach nötig sei⁴⁵⁸. Zum einen lasse sich die Höhe der Unterbilanz erst nach erfolgter Eintragung feststellen⁴⁵⁹. Eine Prüfung müsse unzumutbar lange dauern. Zum anderen sei sie nicht gerechtfertigt, weil es das Vorbelastungsverbot nicht mehr gebe⁴⁶⁰. Aus dem Unversehrtheitsgrundsatz sei nicht darauf zu schließen, dass das Anfangskapital im Zeitpunkt der Eintragung vorhanden sein müsse⁴⁶¹. Vielmehr müsse der mit der Unterbilanz entstandene Anspruch der Gesellschaft auf Ausgleich genügen⁴⁶². Eine Ausnahme von dieser These könne darin bestehen, dass das Registergericht annehmen darf, dass die Gesellschafter nicht in der Lage sind, diese Ansprüche zu befriedigen⁴⁶³. Teilweise wird die Überschuldung als ein Eintragungshindernis angesehen⁴⁶⁴.

6.2 Völliger Übergang in China

6.2.1 Völliger Übergang ohne Übertragungsakt

Mit der Registrierung kommt in China die GmbH gemäß § 7 I GeG zustande. Alle ihre Rechte und Pflichten, die entweder in ihrem Namen gemäß § 3 I BeoVAGe III begründet oder gemäß § 2 II BeoVAGe III übernommen worden sind, werden auch zu solchen der GmbH⁴⁶⁵, da das Oberste Volksgericht⁴⁶⁶ sowie die chinesische

⁴⁵⁷Scholz/K. Schmidt, Rn. 137 f.; Ulmer/Habersack, Rn. 113; Raiser/Veil, § 35 Rn. 121; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 9c Rn. 8, 12; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 46; Ulmer, ZGR 1981, 591, 603 f..

⁴⁵⁸ Ulmer/Habersack, Rn. 113; Ulmer, ZGR 1981, 593, 603 f.

⁴⁵⁹ Ulmer/Habersack, Rn. 114.

⁴⁶⁰ Ulmer/Habersack, Rn. 115.

⁴⁶¹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 137 f.

⁴⁶² Ulmer/Habersack, Rn. 115; Scholz/K. Schmidt, Rn. 138; Raiser/Veil, Rn. 121.

⁴⁶³ Ulmer/Habersack, Rn. 116; Scholz/K. Schmidt, Rn. 138; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 9c Rn. 12;

⁴⁶⁴ Scholz/K. Schmidt, Rn. 137 f.

⁴⁶⁵ Zum reibungslosen Übergang der gründungsnotwendigen Geschäfte, siehe das Urteil: 东莞市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Dongguan), 梁亚安诉东莞市昊艺电子有限公司公示设立阶段支出返还案。

⁴⁶⁶ 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 58、59 页。

Literatur⁴⁶⁷ die identitätsbehaltende Kontinuität zwischen der im Vorstadium entstandenen Gründergesellschaft und der registrierten GmbH nicht infrage stellt. Mit der Gründergesellschaft ist nicht nur die Vor-GmbH, sondern auch die Vorgründungsgesellschaft, gemäß der deutschen Unterscheidung beider Rechtsgebilde, gemeint. Deshalb bedarf es auch keinerlei Übertragungsakt. Der reibungslose Übergang soll sowohl Vermögenswerte auch alle anderen Rechte und Verbindlichkeiten betreffen. Laufende Prozesse werden ohne Parteiwechsel fortgesetzt.

6.2.2 Rezeption der Vorbelastungshaftung im chinesischen Recht

6.2.2.1 Vorbelastungshaftung als gesamtschuldnerische Innenhaftung

Wie schon erörtert, gilt in China rechtlich immer noch ein freilich kaum funktionierendes Vorbelastungsverbot. Außerdem herrscht ein Unversehrtheitsgrundsatz hinsichtlich des Anfangskapitals, das vor der Registrierung einzubringen ist. Deshalb kommt eine Rezeption der in Deutschland richterlich fortgebildeten Vorbelastungshaftung in Betracht. Dabei soll es sich, nicht anders als bei dem deutschen Vorbild, um alle Verluste handeln, die nicht wegen gründungsnotwendiger Geschäftstätigkeiten entstanden sind⁴⁶⁸. Ausgeschlossen sind auch die Altschulden des als Sacheinlage eingebrachten Unternehmens, die ohne Zustimmung der Gläubiger gemäß §§ 6, 7 BeoVUmEiUn nicht auf die GmbH übergegangen sind.

Fraglich ist, um was für eine Haftung es sich dabei handelt. Zunächst soll sie grundsätzlich eine Innenhaftung sein. Der daraus resultierende Anspruch kommt

⁴⁶⁷ 李建伟 (Li, Jianwei) , 第 91 页; 施天涛 (Shi, Tiantao) , 第 116 页; 刘俊海 (Liu, Junhai) , 第 62 页; andere Auffassung: 刘乃忠 (Liu, Naizhong) , 第 103 页。

⁴⁶⁸ Siehe das Urteil: 东莞市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Dongguan) , 梁亚安诉东莞市昊艺电子有限公司公示设立阶段支出返还案。 In diesem Urteil geht das Obere Volksgericht der Provinz Guangdong davon aus, dass die wegen gründungsnotwendiger Geschäfte entstandenen Verbindlichkeiten nach dem Zustandekommen der GmbH ohne weiteres auf diese übergehen sollen. Kriterien dafür, welche Geschäftstätigkeiten dazu zählen, werden in dem Urteil nicht angegeben.

demnach ausschließlich der GmbH zu, da eine andere Annahme nicht mit §3 GeG zu vereinbaren ist, wonach die Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern mit eigenem Vermögen haftet und die Gesellschafter nur gegenüber der Gesellschaft bis zur Höhe des Betrages der von ihnen übernommenen Anteile haften.

Als Anhaltspunkt folgt darauf weiter noch § 30, der die Differenzhaftung wegen nicht unwesentlicher Überwertung der Sacheinlagen regelt. Eine unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter soll also ausgeschlossen werden. Jedoch hat das Oberste Volksgericht diesen Zustand in seiner Justizbestimmung dadurch verändert, dass auch Gläubiger der GmbH und Mitgesellschafter diesen Anspruch geltend machen dürfen (§ 13 BeoVAGe III). Diese richterliche Fortbildung ist insofern fragwürdig, als sie offenbar gegen das vom Volkskongress verabschiedete Gesetz verstößt und deshalb die Befugnisse der Rechtsprechung überschreitet. Andererseits kann diese Anordnung, dass dem Gläubiger ebenfalls ein Ausgleichsanspruch zusteht, leicht einen problematischen Gläubigerwettlauf auslösen, sodass keine faire Befriedigung anderer Gläubiger erreicht werden kann⁴⁶⁹. Trotzdem steht die Anerkennung der Mitgesellschafter als Anspruchsberechtigte aus der hier vertretenen Vorbelastungshaftung wohl noch teilweise mit der Konzeption des Gesellschaftsgesetzes über das Gründerverhältnis in Einklang. Denn für den Fall, dass der Gesellschafter seine Einlage nicht rechtmäßig geleistet hat, muss er nach § 28 GeG wegen Vertragsverletzung auch den Mitgründern gegenüber haften. Keine Pflicht entsteht für einen nach dem Zustandekommen der GmbH eingetretenen Gesellschafter.

Weiter fragt es sich, ob es bei der Vorbelastungshaftung um eine anteilmäßige Haftung unter den Gesellschaftern geht. Dem Wortlaut des § 30 GeG nach müssen die übrigen Mitgesellschafter für die Differenz wegen nicht unwesentlicher Überwertung der Sacheinlagen gesamtschuldnerisch mithaften, falls der betroffene Gesellschafter diese nicht ausgleichen kann. Nicht anders verhält es sich bei der Ausgleichshaftung hinsichtlich Fehlbeträgen anderer Einlagen (§ 13 BeoVAGe III). Deshalb soll man mit der hier vorgeschlagenen Vorbelastungshaftung ebenso verfahren und der obigen Frage ein klares Nein entgegenstellen, da beide zur Absicherung des Anfangskapitals dienen und somit eine gemeinsame Rechtsnatur

⁴⁶⁹ 王军 (Wang, Jun) , 第 129 页。

aufweisen müssen. Mit der endgültig festgestellten Differenz entsteht also eine Gesamtschuld sämtlicher Gesellschafter gegenüber der GmbH, um das Anfangskapital wieder aufzufüllen.

Über den Zeitpunkt, in dem die Vorbelastungshaftung eingreift, sollte es keine Streitigkeit geben, da für die Ausgleichspflicht, sowohl wegen der im GeG geregelten überwerteten Sacheinlagen als auch wegen in den Justizbestimmungen geregelter anderer Einlagen, der Zeitpunkt, in dem die GmbH entsteht, maßgebend ist.

Nach § 20 BeoVAGe III unterliegt der Ausgleichsanspruch der Gesellschaft, der Mitgesellschafter sowie der Gesellschaftsgläubiger wegen Fehlbeträgen der Einlagen keinen Verjährungsvorschriften. Dies soll analog für den hier vorgeschlagenen Anspruch der Gesellschaft und der Mitgesellschafter aus Vorbelastungshaftung gelten.

6.2.2.2 Unterbilanz ist kein Registrierungshindernis

Wie schon erwähnt, muss bei dem Antrag auf Registrierung der Gesellschaft, den der von den Gründern bestimmte Repräsentant oder gemeinsam beauftragte Vertreter bewirkt, nur der Betrag der übernommenen Anteile angegeben werden. Ob und inwieweit das aufgebrachte Anfangskapital schon belastet ist, gehört nicht zum Prüfungsgegenstand der Behörde. Deshalb stellt eine Unterbilanz kein Registrierungshindernis dar. Vielmehr sollten der mit ihr entstandene Anspruch der Gesellschaft sowie der Mitgesellschafter auf Ausgleich genügen, da aus dem Unversehrtheitsgrundsatz nicht darauf zu schließen ist, dass das Anfangskapital im Zeitpunkt der Registrierung noch vorhanden sein muss.

7. Die Handelndenhaftung

7.1 Die Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG in Deutschland

Die Handelndenhaftung gemäß § 11 II GmbHG findet nur im Gründungsstadium einer GmbH bis zur Eintragung Anwendung, wenn für diese gehandelt wird. Das entspricht der herrschenden Meinung in der Literatur, der sich auch der BGH angeschlossen hat⁴⁷⁰. Dabei handelt es sich um objektive Voraussetzungen des Tatbestandes⁴⁷¹. Es löst also keine Handelndenhaftung aus, wenn namens einer Vor-GmbH gehandelt wird, die noch nicht mit dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages entstanden ist⁴⁷². Nach der herrschenden Meinung macht es auch keinen Unterschied, ob der Geschäftsführer namens der Gesellschaft mit dem Zusatz „in Gründung“ oder namens der noch nicht eingetragenen GmbH handelt, soweit deutlich wird, dass er nicht in eigenem Namen für eigene Rechnung handelt⁴⁷³. Die Handelndenhaftung scheidet aber aus⁴⁷⁴, wenn der Geschäftsführer ein Geschäft ausdrücklich unter aufschiebender Bedingung für die zukünftige GmbH abschließt, da nicht die Vor-GmbH, sondern die eingetragene GmbH der Vertragspartner ist.

Grundsätzlich entfällt die Handelndenhaftung automatisch mit der Eintragung ins Handelsregister⁴⁷⁵. Sie erstreckt sich im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen auch nicht auf die nach Eintragung fällig werdenden Teilleistungen⁴⁷⁶. Dieser Wegfall entspricht der Funktion der Handelndenhaftung, da die GmbH den Gläubigern ab dem Zeitpunkt der Eintragung als Haftungsträger zur Verfügung

⁴⁷⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 122; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 46; Ulmer/Habersack, Rn. 131; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 109; Scholz/K. Schmidt, Rn. 107; BGHZ 91, 148, 152; BGH II ZR 69/84.

⁴⁷¹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 122.

⁴⁷² Scholz/K. Schmidt, Rn. 107.

⁴⁷³ Ulmer/Habersack, Rn. 137; Scholz/K. Schmidt, Rn. 118; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 118; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 48; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 90; Dilcher, 89, 95; K. Schmidt, GmbHR 1973, 146, 149 f.; MüKoGmbHG/Merkt GmbHG § 11 Rn. 132.

⁴⁷⁴ BGHZ 72, 45, 48; Ulmer/Habersack, Rn. 74, 137; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 90; Scholz/K. Schmidt, Rn. 118; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 132; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 48; Flume, FS Geßler, 1970, S. 3, 22; Julia, 1597, 1599 f..

⁴⁷⁵ BGH II ZR 69/77; Ulmer/Habersack, Rn. 146; Scholz/K. Schmidt, Rn. 130; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 130; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 145; Wicke, Rn. 14; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53.

⁴⁷⁶ BGHZ 70, 132, 139 ff.; Ulmer/Habersack, Rn. 143; Scholz/K. Schmidt, Rn. 130; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 131; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 138, 152.

steht und ihre Kapitalausstattung auch schon durch das Registergericht kontrolliert worden ist. Es besteht also kein Grund mehr, die Altgläubiger (Gläubiger vor der Eintragung) anders als die Neugläubiger (Gläubiger nach der Eintragung) zu schützen⁴⁷⁷.

7.1.1 Abgrenzung der Handelnden

Nach heutiger Rechtsprechung⁴⁷⁸ und der herrschenden Meinung⁴⁷⁹ in der Literatur werden nur nach § 6 III GmbHG oder § 46 Nr. 5 GmbHG⁴⁸⁰ bestellte Geschäftsführer als Handelnde im Sinn des § 11 II behandelt. Zu diesen gehören aber auch ein fehlerhaft bestellter Geschäftsführer sowie ein faktischer Geschäftsführer, der nicht bestellt wurde und keine Vertretungsmacht hat, aber wie ein Geschäftsführer auftritt⁴⁸¹. Ausgeschlossen sind dagegen die Gesellschafter, die der Geschäftsaufnahme nur zugestimmt haben⁴⁸², und Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder andere Vertreter der Vor-GmbH, die nicht wie Geschäftsführer auftreten und somit auch nicht als faktische Geschäftsführer haften sollen⁴⁸³.

Da in diesen Ausnahmefällen die Vor-GmbH mangels Vertretungsmacht nicht wirksam verpflichtet wurde⁴⁸⁴, setzt sich eine unbeschränkte persönliche Haftung also trotz Eintragung der GmbH ins Handelsregister fort, sofern die zugrunde

⁴⁷⁷ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 145; Scholz/K. Schmidt, Rn. 130.

⁴⁷⁸ BGHZ 47, 25, 28 f.; BGHZ 65, 378, 381; BGHZ 66, 359, 360; Die weite Auslegung, die die Gesellschafter als Handelnde behandelt, wurde zunächst vom Reichsgericht und auch noch vom BGH vertreten.

⁴⁷⁹ Scholz/K. Schmidt, Rn. 116; Ulmer/Habersack, Rn. 126, 133; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 127; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 47; Raiser/Veil, Rn. 116.

⁴⁸⁰ Scholz/K. Schmidt, Rn. 113; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 128.

⁴⁸¹ BGHZ 65, 378, 380; BGHZ 66, 359, 360; Scholz/K. Schmidt, Rn. 115; Ulmer/Habersack, Rn. 135;

⁴⁸² BGHZ 65, 378, 380 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 129.

⁴⁸³ BGHZ 66, 359, 361; Scholz/K. Schmidt, Rn. 116; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 47; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 30; Beuthien, ZIP 1996, 360, 368; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 88; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 129.

⁴⁸⁴ Ulmer/Habersack, Rn. 147; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 36; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 59; Scholz/K. Schmidt, Rn. 132; Raiser/Veil, Rn. 117.

liegenden Geschäfte nicht genehmigt wurden⁴⁸⁵. Fraglich ist nur, ob diese Haftung als eine Handelndenhaftung nach § 11 II oder als eine sich aus § 179 BGB ergebende persönliche Haftung⁴⁸⁶ weiter besteht.

7.1.2 Abgrenzung der Verpflichtungen

Unter den Begriff des Handelns fallen die rechtsgeschäftlichen⁴⁸⁷, und, der herrschenden Meinung⁴⁸⁸ nach, auch die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen wie Geschäftsführung ohne Auftrag oder die Leistungskondiktion, sofern die entstandenen Verbindlichkeiten ihren Ursprung in rechtsgeschäftlichem Handeln der Geschäftsführer haben. Die Geschäftsführer haften also weder für gesetzliche Verbindlichkeiten⁴⁸⁹ wie Steuern, Gebühren und Altschulden des eingebrachten Unternehmens gemäß § 25 I HGB, noch für delikthafte Handeln der Gesellschaftsorgane⁴⁹⁰.

Beim Handeln ist die Beteiligung des Geschäftsführers in irgendeiner Weise erforderlich⁴⁹¹, da § 11 II auf das rechtsgeschäftliche Handeln abstellt⁴⁹². Der Geschäftsführer kann sich unmittelbar oder durch Einschaltung eines Dritten⁴⁹³

⁴⁸⁵ Ulmer/Habersack, Rn. 147; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 129, 146; Wicke, Rn. 14; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53; Scholz/K. Schmidt, Rn. 132.

⁴⁸⁶ Scholz/K. Schmidt, Rn. 132; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 130; Eine Auffassung sieht in diesem Fall § 11 II als lex specialis zu §§ 177, 179 BGB an. Dazu siehe: Raiser/Veil, Rn. 117; Michalski/Funke, Rn. 92.

⁴⁸⁷ Ulmer/Habersack, Rn. 136; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120; Scholz/K. Schmidt, Rn. 117; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 49; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 130; Beuthien, BB 1996, 1337, 1339; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 32; andere Auffassung: Wicke, Rn. 13; Raiser/Veil, Rn. 117.

⁴⁸⁸ Ulmer/Habersack, Rn. 136; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 49; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 32; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 130; Wicke, Rn. 13; andere Auffassung: Scholz/K. Schmidt, Rn. 117; Raiser/Veil, Rn. 117.

⁴⁸⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 49; Scholz/K. Schmidt, Rn. 117; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120; Wiecke, Rn. 13.

⁴⁹⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 130; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120.

⁴⁹¹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115.

⁴⁹² MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131.

⁴⁹³ BGHZ 53, 210, 214; Ulmer/Habersack, Rn. 138; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115; Scholz/K. Schmidt, Rn. 114; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131.

mittelbar beim Abschluss des Geschäfts beteiligen. Gleiches gilt es für die nach seinen Weisungen handelnden Bevollmächtigten⁴⁹⁴. Nicht anders verhält es sich, wenn ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer einen anderen Geschäftsführer zu alleinigem Handeln ermächtigt⁴⁹⁵. Es genügt für die Handelndenhaftung aber nicht, wenn er, wie schon erwähnt, dem vorzeitigen Geschäftsbeginn nur zugestimmt oder das geschlossene Geschäft des anderen Geschäftsführers geduldet⁴⁹⁶ oder ihm nur nachträglich zugestimmt hat⁴⁹⁷. Ausgeschlossen sind auch die nach seiner Abberufung vorgenommenen Geschäfte⁴⁹⁸.

7.1.3 Regressansprüche gegen die Vor-GmbH

Liegt Vertretungsmacht und ordnungsgemäße Pflichterfüllung⁴⁹⁹ vor, kann der gemäß § 11 II haftende Geschäftsführer nach §§ 675, 670 BGB aus seinem Anstellungsvertrag Regress bei der Gesellschaft nehmen⁵⁰⁰. Ansonsten kann er nur nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag Regress nehmen⁵⁰¹ (§§ 677, 683, 670 BGB).

Ein Regressanspruch gegen die Gründer wurde früher bis zur Höhe ihrer ausbleibenden Einlagen anerkannt, sofern die Gründer der Geschäftsaufnahme zugestimmt hatten⁵⁰². Das hängt mit der damals geltenden beschränkten

⁴⁹⁴ BGHZ 53, 206, 208; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115; Ulmer/Habersack, Rn. 138; Scholz/K. Schmidt, Rn. 114; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 47.

⁴⁹⁵ Ulmer/Habersack, Rn. 138; Scholz/K. Schmidt, Rn. 114; Beuthien, GmbHR 2013, 1, 6; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131.

⁴⁹⁶ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131.

⁴⁹⁷ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131.

⁴⁹⁸ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 131; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 47.

⁴⁹⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 143; Ulmer/Habersack, Rn. 149; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 104.

⁵⁰⁰ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 143; Ulmer/Habersack, Rn. 149; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 129; Scholz/K. Schmidt, Rn. 126; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 54; andere Auffassung: Scholz/K. Schmidt, Rn. 126; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 104; Raiser/Veil, Rn. 118.

⁵⁰¹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 143; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 54; Ulmer/Habersack, Rn. 150; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 129; andere Auffassung: Scholz/K. Schmidt, Rn. 126; Raiser/Veil, Rn. 118.

⁵⁰² BGHZ 86, 122; W.-H. Roth, ZGR 1984, 597, 619; Scholz/K. Schmidt, Rn. 127 f..

persönlichen Haftung der Gründer zusammen⁵⁰³. Jetzt wird stattdessen entsprechend der seit 1997 anerkannten unbeschränkten Gründerhaftung vermehrt die Ansicht vertreten, dass die Gesellschafter auch für den Regressanspruch unbeschränkt haften. Je nachdem, ob in der Literatur dem Innenhaftungsmodell oder dem Außenhaftungsmodell gefolgt wird, spricht der Autor sich gegen⁵⁰⁴ oder für⁵⁰⁵ eine unmittelbare Regresshaftung der Gründer aus. Im ersten Fall haften sie gegenüber der Gesellschaft für den Ausgleich des entstandenen Verlustes.

7.2 Die Handelndenhaftung der Gründer gemäß §§ 2, 3 BeoVAGe III in China

Die Handelndenhaftung im chinesischen Recht bezieht sich nicht auf eine Vertretungshandlung des gesetzlichen Repräsentanten einer Vor-GmbH, sondern auf die Stellvertretung eines Gründers. Eine solche Haftung wird also ausgelöst, wenn ein Gründer gemäß § 2 BeoVAGe III im eigenen Namen für die Vor-GmbH gehandelt hat und die daraus entstandenen Rechtsverhältnisse entweder nicht von dieser übernommen werden, oder zwar doch übernommen werden, der Vertragspartner den Erfüllungsanspruch aber trotzdem dem betreffenden Gründer gegenüber geltend macht. Die Handelndenhaftung kommt ebenfalls in Betracht, wenn ein Gründer gemäß § 3 II BeoVAGe III zwar namens der Vor-GmbH, jedoch für eigene Rechnung gehandelt hat und der Vertragspartner diesen Umstand kannte oder kennen musste. Denn in diesem Fall wird die Vor-GmbH dadurch nicht gültig berechtigt und verpflichtet. Diese Haftung beschränkt sich nicht auf das Gründungsstadium im Sinn des deutschen Rechts, sondern kann auch vor Festlegung der Gesellschaftssatzung entstehen.

Grundsätzlich entfällt die Handelndenhaftung nicht mit der Registrierung der GmbH, da es in China nicht um die Problematik der Vor-GmbH als eines untauglichen Haftungsträgers geht wie bei der Handelndenhaftung gemäß § 11 II

⁵⁰³ Scholz/K. Schmidt, Rn. 127 f.

⁵⁰⁴ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 144; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 54; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 105, 106.

⁵⁰⁵ Scholz/K. Schmidt, Rn. 128; W.-H. Roth, 597, 620.

GmbHG, sondern um die Frage einer gültigen Stellvertretung. Hat der Vertragspartner sein Wahlrecht nach § 2 II BeoVAGe III ausgeübt und der betroffene Gründer dementsprechend geleistet, soll er den Regress von der Vor-GmbH bzw. von der entstandenen GmbH bekommen, die die fraglichen Rechtsverhältnisse schon übernommen hat.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

In der vorliegenden Diskussion geht es zwar um eine Rechtsvergleichung des Vor-GmbH-Rechts, es wurde der Schwerpunkt aber immer darauf gelegt, nach dem Vorbild des deutschen Rechts etwa Vorschläge zur Verbesserung des chinesischen Rechts zu machen. Als Zusammenfassung in diesem letzten Kapitel soll auf die Kernfragen der Problematik zurückgegangen werden: Für wen wird eine Leistung aufgrund vorzeitiger Geschäftsaufnahme erbracht? Wer soll dafür haften? Und weiter, wie ist die Rechtsnatur der Vor-GmbH beschaffen?

1. Zurechnungsfrage

In beiden Ländern wird die Vor-GmbH als ein notwendiges Vorstadium der GmbH rechtlich anerkannt. Hinsichtlich der Zurechnungsfrage vorzeitiger Geschäftsaufnahme werden in Deutschland objektive Kriterien anhand der Differenzierung zwischen dem Vorgründungsstadium und dem Gründungsstadium mit zugelassenen Schuldübernahmen entwickelt. Als das wichtigste dieser Kriterien ist der Grundsatz des unternehmensbezogenen Geschäfts zu nennen. Unterdessen spielt die Frage kaum eine Rolle, ob der Stellvertretungsberechtigte beim Handeln die richtige Bezeichnung angibt, sofern es deutlich ist, dass er die Geschäftstätigkeit nicht im eigenen Namen und für eigene Rechnung vornimmt. Dagegen legt die chinesische Rechtsprechung Wert auf beide Elemente mit einer positiv formulierten These. Danach berechtigen und verpflichten die namens der Vor-GmbH geschlossenen Geschäfte grundsätzlich unmittelbar die Vor-GmbH oder die später vollendete GmbH, ohne irgendeinen Übertragungsakt. Eine Ausnahme bilden solche Geschäfte, bei denen die Tätigkeiten nicht für Rechnung

der Gesellschaft aufgenommen wurden. Jedoch muss in diesen Fällen auch der Gutgläubigerschutz Vorrang haben.

Da der Beginn des Gründungsstadiums in der chinesischen Rechtslage unbestimmt bleibt und der gesetzliche Repräsentant bis zur Registrierung nicht auftritt, das heißt, die Unabhängigkeit der Vor-GmbH und deren Interesse von den Gründern nicht genug sichergestellt ist, wird die rechtliche Behandlung der fraglichen Geschäfte hinsichtlich ihrer Zurechnung wesentlich erschwert. Zudem ist der deutsche Deutungsansatz auch deswegen vorteilhaft, weil er nicht nur eine sachgerechte Lösung dazu anbietet, sondern auch den Weg ebnet, aufgrund einer mehr als nur dogmatisch begründeten Identitätstheorie die passenden Vorschriften im GmbHG vorverlegt auf die Vor-GmbH anzuwenden, und insofern deren Besonderheiten berücksichtigt.

Wenn dem zu folgen und die deutsche Lösung ins chinesische Recht einzuführen ist, ist es dennoch ratsam, für die von der Vor-GmbH getrennte Vorgründungsgesellschaft in China noch das Partnerschaftsunternehmensrecht heranzuziehen. Ein Unterschied zwischen beiden Ländern besteht darin, dass die Kontinuität der beiden auf solche Weise differenzierten Rechtsgestaltungsformen von der chinesischen Rechtsprechung nicht infrage gestellt wird. Diese Lage soll mit der Vorverlegung des richterlich ausgestalteten Freistellungsanspruchs der Gesellschaft erhalten bleiben.

2. Haftungsfrage

Es wird in beiden Ländern davon ausgegangen, dass die Gründer während des Gründungsstadiums einer GmbH unbeschränkt haften müssen. Dies stützt sich auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechts sowie des Handelsrechts. Ein Unterschied liegt jedoch in der Form der Haftungsübernahme. Bei der Verlustdeckungshaftung handelt sich in Deutschland um eine anteilmäßige Innenhaftung der Gründer, die dadurch privilegiert werden, während das chinesische Recht eine gesamtschuldnerische Außenhaftung der Gründer vorsehen soll. Eine so konzipierte Haftung sieht zwar die Vor-GmbH als Haftungsträger als nachrangig an, sie stellt aber nur die Grundform der handelsrechtlichen

Verbandsmitgliederhaftung dar. Ihre Rechtfertigung bezieht sie also aus der Rechtssystematik. Da der Unversehrtheitsgrundsatz des Anfangskapitals der GmbH wohl unausgesprochen auch in China besteht, kommt eine mit der Eintragung der Gesellschaft weiterbestehende Gesellschafterhaftung wie die deutsche Vorbelastungshaftung in Betracht. Die hier von uns vertretene Haftung soll ebenfalls eine Innenhaftung sein. Jedoch handelt es sich dabei um keine anteilmäßige Haftung, sondern um eine Gesamtschuld. Dies stützt sich wiederum auf die bereits im Gesellschaftsgesetz sowie ergänzend in den Justizbestimmungen angeordnete Haftungsform hinsichtlich der Fehlbeträge bei eingebrachten Einlagen.

3. Rechtsnatur der Vor-GmbH

Im deutschen Recht wird die Vor-GmbH als eine Organisation anderer Art anerkannt, ohne dass ein bestimmtes dogmatisches Konzept hinsichtlich ihrer Rechtsnatur vertreten wird. Dagegen versucht die chinesische Rechtsprechung immer noch, die Vor-GmbH in den geschlossenen Kanon einzuordnen. Nach ihrer Ansicht ist sie rechtlich als zivile Partnerschaft zu behandeln. Dem ist nicht zu folgen. Stattdessen sollte für die Vor-GmbH ein Sonderrecht ausgebildet werden. Angesichts ihrer Rechtsfähigkeit sollte zumindest eine unternehmenstragende Vor-GmbH der Rechtssystematik nach einem Partnerschaftsunternehmen gleichgestellt werden. Demnach würde sie die Rechtsstellung einer „Organisation anderer Art“ genießen, der nach unserer Diskussion bereits keine andere Rechtsfähigkeit als die einer juristischen Person zukommt.

Literaturverzeichnis

I. Chinesische Literatur:

1. 北京市高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Peking), 《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》(Versuchsweise durchgeführte anleitende Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes), 2004 年。
2. 陈连军 (Chen, Lianjun)、王明明 (Wang, Mingming)、栾颖娜 (Luan, Yingna), 《公司法学》(Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 吉林大学出版社, 2014 年。
3. 程显波 (Cheng, Xianbo), 论公司章程的法律效力 (Über die Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung), 载: 《知与行》, 2016 年第 10 期。
4. 邓峰 (Deng, Feng), 《普通公司法》(Das allgemeine Gesellschaftsrecht), 中国人民大学出版社, 2009 年。
5. 范健 (Fan, Jian), 王建文 (Wang, Jianwen), 《商法总论》(Das allgemeine Handelsrecht), 法律出版社, 第一版, 2011 年。
6. 范健 (Fan, Jian), 王建文 (Wang, Jianwen), 《公司法》(Das Gesellschaftsrecht), 法律出版社, 第二版, 2008 年。
7. 冯果 (Feng, Guo), 《公司法》(Das Gesellschaftsrecht), 武汉大学出版社, 2007 年。
8. 甘培忠 (Gan, Peizhong), 《企业与公司法》(Das Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 北京大学出版社, 2001 年。
9. 关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)(草案)(Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes I) (Entwurf), 2004 年, 载: 《中国民商审判》, 法律出版社, 2004 年。
10. 《公司法释义》编写组 (Kommission zum Erläutern des Gesellschaftsgesetzes), 《中华人民共和国公司法释义》(Erläuterungen zum Gesellschaftsgesetz), 中国法制出版社, 2005 年。
11. 龚志忠 (Gong, Zhizhong), 《公司业务——律师基础实务》(Gesellschaftsrechtspraxis: Handbuch für Anwälte), 中国人民大学出版社, 2014 年。
12. 郭雳 (Guo, Li), 论我国公司资本制度的最新发展——《公司法司法解释(三)》之解读 (Über die neusten Entwicklungen der Regelungen zum Kapital der Gesellschaft: Erläuterungen zu den Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III), 载: 《法商研究》, 2012 年第 4 期。

13. 郭明瑞 (Guo, Mingrui) , 民法总则中非法人组织的制度设计 (Über die Rechtsgestaltung der Regelungen zur Nicht-Juristische-Person-Organisation im Allgemeinen Teil des Zivilrechts) , 载: 《法学家》, 2016 年第 5 期。
14. 何侃 (He, Kan) , 对《公司法司法解释(三)》(征求意见稿)第二、三条的解读和译文 (Erläuterungen zu §§ 2,3 der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III (Entwurf)) , 载: 《重庆科技学院学报(社会科学版)》, 2010 年第 14 期。
15. 黄毅成 (Huang, Yicheng) , 关于《中华人民共和国合伙企业法》(草案)的说明 (Erläuterungen zum Entwurf des Partnerschaftsunternehmensgesetzes) , 载: 《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》, 1997 年第 1 号。
16. 贾桂茹 (Jia, Guiru) , 杨丽 (Yang, Li) , 薛荣革 (Xue, Rongge) , 《市场交易的第三主体——非法人团体研究》 (Die dritte Partei im Markt: über die Nicht-Juristische-Person-Verbände) , 贵州人民出版社, 1995 年。
17. 江必新 (Jiang, Bixin) , 何东宁 (He, Dongning) , 《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与使用(公司卷)》 (Grundsatzentscheidungen des Obersten Volksgerichts (Band des Gesellschaftsrechts)) , 第二版, 中国法制出版社, 2015 年。
18. 江平 (Jiang, Ping) , 共同经营体法律地位初探 (Eine Vorstudie zur Mitunternehmerschaft) , 载: 《中国法学》, 1986 年第 1 期。
19. 江苏省高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Jiangsu) , 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II) , 2007 年。
20. 江苏省高级人民法院民二庭 (Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Jiangsu) , 公司设立中的民事责任若干问题 (Zu einigen Fragen der zivilrechtlichen Haftungen bei der Gesellschaftsgründung) , 载: 《人民司法》, 2003 年第一期。
21. 雷兴虎 (Lei, Xinghu) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 北京大学出版社, 第二版, 2012 年。
22. 李瑜 (Li, Yu) , 浅析公司设立协议与公司章程的适用 (Eine Vorstudie zu den Anwendungen der Gründungsvereinbarung und der Gesellschaftssatzung) , 载: 《中国经贸导刊》, 2010 年第 4 期。
23. 李建伟 (Li, Jianwei) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 中国人民大学出版社, 2008 年。
24. 李晓春 (Li, Xiaochun) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 厦门大学出版社, 2012 年。

25. 李志萍 (Li, Zhiping) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 中共中央党校出版社, 第二版, 2007 年。
26. 厉以宁 (Li, Yining) , 全国人大法律委员会关于《中华人民共和国公司法》(草案) 审议结果的报告》 (Bericht von Rechtsausschuss des Nationalen Volkskongresses über den Entwurf des Gesellschaftsgesetzes) , 载: 中国人大网, 1995 年 5 月, 访问时间: 2017 年 7 月。
27. 梁慧星 (Liang, Huixing) , 《民法总论》 (Das allgemeine Zivilrecht) , 法律出版社, 2011 年。
28. 刘俊海 (Liu, Junhai) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 北京大学出版社, 第三版, 2013 年。
29. 刘乃忠 (Liu, Naizhong) , 戴瑛 (Dai, Ying) , 《新公司法学》 (Ein Lehrbuch zum neuen Gesellschaftsgesetz) , 中国法制出版社, 2007 年。
30. 吕来明 (Lv, Laiming) , 向红芳 (Xiang, Hongfang) , 陈峰 (Chen, Feng) , 论我国合伙类型的立法选择 (Über die Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaftsformen in der Gesetzgebung) , 载: 王保树主编, 《中国商法年刊》 (2006) , 北京大学出版社, 2007 年。
31. 任尔昕 (Ren, Erxin) , 田国平 (Tian, Guoping) , 论我国合伙企业法律人格的选择 (Über die Rechtspersönlichkeit des Partnerschaftsunternehmens) , 载: 王保树主编, 《中国商法年刊》 (2006) , 北京大学出版社, 2007 年。
32. 任尔昕 (Ren, Erxin) , 《企业与公司法学》 (Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht) , 兰州大学出版社, 2006 年。
33. 任尔昕 (Ren, Erxin) , 我国法人制度之批判——从法人人格与有限责任制度的关系角度考察 (Kritik der Regelungen über die juristische Person: aus Perspektive der Verhältnisse zwischen ihrer Rechtspersönlichkeit und der Haftungsbeschränkung) , 载: 《法学评论》, 2004 年第 1 期。
34. 山东省高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Shandong) , 《关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》 (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes) , 2007 年 1 月 15 日。
35. 上海市高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Shanghai) , 《关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(二)》 (Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II) , 2003 年 12 月 18 日。
36. 施天涛 (Shi, Tiantao) , 《公司法论》 (Über das Gesellschaftsrecht) , 法律出版社, 第三版, 2014 年。

37. 石金平 (Shi, Jinping) , 《公司纠纷诉讼指引与实务解答》 (Praxishandbuch zum Gesellschaftsrecht) , 法律出版社, 2014 年。
38. 石少侠 (Shi, Shaoxia) , 《公司法》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 中国政法大学出版社, 第三版, 2012 年。
39. 苏号朋 (Su, Haopeng) , 论合伙企业财产的法律性质 (Über die Rechtsnatur des Vermögens eines Partnerschaftsunternehmens) , 载: 《法学》, 1997 年第 12 期。
40. 隋彭生 (Sui, Pengsheng) , 《公司法》 (Das Gesellschaftsrecht) , 中国人民大学出版社, 第四版, 2012 年。
41. 孙瑞玺 (Sun, Ruixi) , 公司章程法律效力研究 (下) (Über die Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung) (2. Hälfte) , 中国法院网, 2004 年 9 月, 访问时间: 2017 年 2 月。
42. 孙晓洁 (Sun, Xiaojie) , 《公司法基本原理》 (Grundzüge des Gesellschaftsrechts) , 中国检察出版社, 2006 年。
43. 王保树 (Wang, Baoshu) , 合伙企业团体能力的思考大纲 (Überlegungen zur Rechtspersönlichkeit des Partnerschaftsunternehmens) , 载: 王保树主编, 《中国商法年刊》 (2006 年) , 北京大学出版社, 2007 年。
44. 王保树 (Wang, Baoshu) , 崔勤之 (Cui, Qinzhi) , 《中国公司法原理》 (Grundzüge des chinesischen Gesellschaftsrechts) , 社会科学文献出版社, 第三版, 2006 年。
45. 王德山 (Wang, Deshan) , 《公司法》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 中国政法大学出版社, 2008 年。
46. 王建文 (Wang, Jianwen) , 合伙法律地位研究 (Über die Rechtsstellung der Partnerschaft) , 载: 《南京工业大学学报 (社会科学版) 》, 2003 年第 3 期。
47. 王军 (Wang, Jun) , 《中国公司法》 (Das Gesellschaftsrecht Chinas) , 高等教育出版社, 第一版, 2015 年。
48. 王利明 (Wang, Liming) , 《民法》 (Das Zivilrecht) , 中国人民大学出版社, 第六版, 2014 年。
49. 王明锁 (Wang, Mingsuo) , 梁向峰 (Liang, Xiangfeng) , 关于合伙的独立民商主体地位的思考 (Über die Rechtsstellung der Partnerschaft als unabhängiges Subjekt im Zivil- und Handelsrecht) , 载: 《河南大学学报》, 2002 年第 1 期;
50. 王肃元 (Wang, Suyuan) , 任尔昕 (Ren, Erxin) , 我国合伙法律制度的现状及探讨 (Überlegungen zu den aktuellen Regelungen der Partnerschaft) , 载: 《中国法学》, 2003 年第 1 期。
51. 王作全 (Wang, Zuoquan) , 《公司法》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 北京大学出版社, 2015 年。

52. 吴庆宝 (Wu, Qingbao) , 《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题 (公司裁判指导卷) 》 (增订版) , (Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht) (Band zum Gesellschaftsrecht) (erweiterte Auflage) , 中国法制出版社, 2011 年。
53. 吴庆宝 (Wu, Qingbao) 主编, 《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题 (2013-2014 年卷) 》 (Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht) (Band 2013/2014) , 中国法制出版社, 2013 年。
54. 吴越 (Wu, Yue) , 公司设立民事责任规则模式研究——兼评最高法院的司法解释意见稿 (Über den Zurechnungsmechanismus der zivilrechtlichen Haftungen bei Gesellschaftsgründung: Kommentierung vom Entwurf der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts) , 载: 《法学研究》, 2007 年第 4 期。
55. 奚晓明 (Xi, Xiaoming) , 《解读最高人民法院司法解释、指导案例 (商事卷) 》 (Erläuterungen zu Bestimmungen sowie Grundsatzentscheidungen des Obersten Volksgerichts) (Band zum Handelsrecht) , 人民法院出版社, 2014 年。
56. 奚晓明 (Xi, Xiaoming) , 《最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用》 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen) , 人民法院出版社, 2014 年。
57. 奚晓明 (Xi, Xiaoming) 主编, 《公司案件审判指导》 (Anleitungen für Fälle im Gesellschaftsrecht) , 法律出版社, 2014 年。
58. 姚海放 (Yao, Haifang) , 《新合伙企业法精解与运用》 (Erläuterungen sowie Anwendung des neuen Partnerschaftsunternehmensgesetzes) , 中国法制出版社, 2006 年。
59. 杨永志 (Yang, Yongzhi) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 知识产权出版社, 2008 年。
60. 叶林 (Ye, Lin) , 叶敏 (Ye, Min) , 《合伙企业法》的定位与法律协调问题 (Positionierung sowie rechtliche Koordination des Partnerschaftsunternehmensgesetzes) , 载: 王保树主编, 《中国商法年刊》 (2006) , 北京大学出版社, 2007 年。
61. 尹田 (Yin, Tian) , 《民事主体理论与立法研究》 (Zivilrechtssubjekt in der Theorie sowie in der Gesetzgebung) , 法律出版社, 2003 年。
62. 于华江 (Yu, Huajiang) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 知识产权出版社, 2006 年。
63. 赵旭东 (Zhao, Xudong) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 高等教育出版社, 第二版, 2006 年。

64. 赵旭东 (Zhao, Xudong) , 《新公司法实务解答》 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis) , 人民法院出版社, 2005 年。
65. 赵旭东 (Zhao, Xudong) , 《企业与法纵论》 (Über das Unternehmen sowie das Recht) , 法律出版社, 2003 年。
66. 张远堂 (Zhang, Yuantang) , 《公司法实务指南》 (Anleitungen zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes) , 中国法制出版社, 2007 年。
67. 张晖 (Zhang, Hui) , 后《合伙企业法》时代的有限责任公司法 (Das GmbH-Recht nach der Verabschiedung des Partnerschaftsunternehmensgesetzes) , 载: 王保树主编, 《中国商法年刊 (2006) 》, 北京大学出版社, 2007 年。
68. 张晋红 (Zhang, Jinhong) , 合伙的法律主体地位探析 (Die Partnerschaft als Rechtssubjekt) , 载: 《广东商学院学报》, 2000 年第 3 期。
69. 张民安 (Zhang, Minan) , 公司设立制度研究 (Über das Gründungsrecht der Gesellschaft) , 载: 《商事法论集》 (第七卷) , 法律出版社, 2002 年。
70. 张新民 (Zhang, Xinmin) , 杨连专 (Yang, Lianzhuan) , 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht) , 重庆大学出版社, 2003 年。
71. 浙江省高级人民法院民二庭 (Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang) , 浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于公司法适用疑难问题的理解 (Ansichten der zweiten Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes) , 载: 《中国民商审判》, 2004 年 第 3 卷。
72. 郑景元 (Zheng, Jingyuan) , 困境与出路: 设立中公司人格研究 (Das Dilemma und der Ausweg: über die Rechtspersönlichkeit der Vor-Gesellschaft) , 载: 《云南大学学报法学版》, 2006 年第 2 期。
73. 周贤日 (Zhou, Xianri) , 《合伙企业法》的定位与功能探讨 (Über die Positionierung sowie die Funktionen des Partnerschaftsunternehmensgesetzes) , 载: 《中国商法年刊》 (2006) , 载: 王保树主编, 北京大学出版社, 2007 年。
74. 朱庆育 (Zhu, Qingyu) , 《民法总论》 (Das allgemeine Zivilrecht) , 北京大学出版社, 第二版, 2016 年。
75. 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht) , 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定 (一) (草案) (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes I) (Entwurf) , 2003 年。
76. 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht) , 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定 (三) (征求意见稿) (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III) (2. Entwurf) , 2010 年。

77. 佛山市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Foshan) , 典创公司诉杨耀军、品致公司装饰工程合同纠纷案, 文书号: 2005 佛中法民五终字第 634 号判决, 载: 《人民法院报》2005 年 12 月 27 日。
78. 绍兴市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Shaoxing) , 浙江某装饰工程有限公司诉绍兴县都市春天某公司、柴某某装饰工程合同纠纷案, 文书号: 2011 浙绍民终字第 1324 号。
79. 北京市第一中级人民法院 (Das erste Volksgericht der Mittelstufe von Peking) , 闫林诉权金城特许经营纠纷案, 文书号: 2011 一中民终字第 12031 号。
80. 江苏省高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Jiangsu) , 南通双盈贸易有限公司诉镇江市丹徒区联达机械厂、魏恒聂等六人买卖合同纠纷案, 载: 《最高人民法院公报》2011 年, 第 7 期。
81. 东莞市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Dongguan) , 梁亚安诉东莞市昊艺电子有限公司公示设立阶段支出返还案, 文书号: 2012 东中法民二终字第 261 号。
82. 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht) , 万家裕诉丽江宏瑞水电开发有限公司股东资格确认纠纷案, 文书号: 2014 民提字第 00054 号。
83. 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht) , 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案, 文书号: 2005 民二终字第 147 号。

II. Deutsche Literatur

1. Altmeppen, Holger, Das unvermeidliche Scheitern des Innenhaftungskonzepts in der Vor-GmbH, NJW 1997.
2. Bergmann, Andreas, Die Handelndenden-Haftung als Ausgleich fehlender Registerpublizität, GmbHR 2003.
3. Begründung des Regierungsentwurfs zum GmbHG 1971, BTDr 8/3088, 96.
4. Bayer, Wilhelm, Haupt- und Gesellschafterversammlungen vor Eintragung der AG und der GmbH in das Handelsregister, JZ 1952.
5. Beuthien, Volker, Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem (Teil I), ZIP 1996.
6. Beuthien, Volker, Haftung der Vorgesellschafter: Warum so umständlich? Warum so milde?, WM 2013.
7. Beuthien, Volker, Regeln die Vorschriften über die Handelndendenhaftung einen Sonderfall des Handelns ohne Vertretungsmacht?, GmbHR 1996.

8. Beuthien, Volker, Wer sind die Handelnden? Warum und wie lange müssen sie haften?, GmbHR 2013.
9. Beuthien, Volker, Zur Haftung der Vorgenossenschaft, WM 2002.
10. Beuthien, Volker, Haftung bei gesetzlichen Schuldverhältnissen einer Vorgesellschaft, BB 1996.
11. Beuthien, Volker, Vertretungsmacht bei der Vor-GmbH – erweiterbar oder unbeschränkbar, NJW 1997.
12. Baumbach, Adolf, Hueck, Alfred, Beck' sche Kurz-Kommentare Band 20: GmbH-Gesetz, 21. Aufl., 2017.
13. Bork, Reinhard, Schäfer, Carsten, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Aufl., 2015.
14. Brinkmann, Tomas, Begrenzte Haftung der Einmann-GmbH bei der Gründung?, GmbHR 1982.
15. Bu, Yuanshi, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl., 2017.
16. Büttner, Hermann, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, 1967.
17. Cebulla, Mario, Haftungsmodelle bei der GmbH-Gründung, NZG 2001.
18. Cavin, Adrian, Kapitalaufbringung im GmbH und AG, 2012.
19. Dilcher, Gerhard, Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft, JuS 1966.
20. Dauner-Lieb, Barbara, Haftung und Risikoverteilung in der Vor-GmbH, GmbHR 1996.
21. Drygala, Tim, Zur Innenhaftung und Außenhaftung bei Scheitern der GmbH-Gründung, ZIP 2002.74.
22. Drygala, Tim, Praktische Probleme der Vor-GmbH, Jura 2003.
23. Ehrenberg, Victor, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Dritter Band, 1929.
24. Ensthaler, Jürgen, Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH – Innenhaftung oder Außenhaftung?, BB 1997.
25. Fleischer, Holger, Goette, Wulf, Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage, 2015.
26. Fleischer, Holger, Unterbilanzhaftung und Unternehmensbewertung, GmbHR 1999.
27. Flume, Werner, Die Werdende Juristische Person, in: Festschrift für Ernst Geßler zum 65. Geburtstag 1970.
28. Flume, Werner, Die Haftung der Vorgesellschaft bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft, in: FS von Caemmerer, 1978.

29. Flume, Werner, Zur Enträtselung der Vorgesellschaft, NJW 1981.
30. Flume, Werner, Die Rechtsprechung zur Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH und die Problematik der Rechtsfortbildung, DB 1998.
31. Fleck, Hans-Joachim, Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Vorgesellschaft und zur Haftung des Handelnden, ZGR 1975.
32. Fleck, Hans-Joachim, Neueste Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Vor-GmbH, GmbHR 1983.
33. Gottschling, Helmut, Vor- und Gründergesellschaft der GmbH im Steuerrecht, GmbHR 1953.
34. Gummert, Hans, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III, 4. Aufl., 2012.
35. Gummert, Hans, Die Haftungsverfassung der Vor-GmbH nach jüngsten Rechtsprechung des BGH, DStR 1997.
36. Gehrlein, Markus, Die Haftung in den verschiedenen Gründungsphasen einer GmbH, DB 1996.
37. Gehrlein, Markus, Von der Differenz-zur Verlustdeckungshaftung, NJW 1996.
38. Gehrlein, Markus, Zur Frage der Ermittlung der Unterbilanzhaftung bei einem Start-up-Unternehmen, BB 2006.
39. Goette, Wulf, Zur Haftung in der Vorgesellschaft (Vor-GmbH) speziell beim Scheitern der Gründung, DStR 1996.
40. Goette, Wulf, Die GmbH, die Vorgesellschaft und die Unterbilanzhaftung, DStR 2006.
41. Haberkorn, Kurt, Rechtliche Struktur der werdenden Kapitalgesellschaft, BB 1962.
42. Henssler, Martin, Strohn, Lutz, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 62: Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2016.
43. H. Roth, Günter, Altmeppen, Holger, GmbH-Gesetz Kommentar, 8. Aufl., 2015.
44. Hartmann, Ingo, Gründerhaftung der Vor-GmbH, WiB 1997.
45. Hüffer, Uwe, Das Gründungsrecht der GmbH – Grundzüge, Fortschritte und Neuerungen, JuS 1983.
46. Jula, Rocco, Gestaltungsmöglichkeiten des Geschäftsführers einer GmbH im Gründungsstadium zum Ausschluss oder zur Abschwächung der Handelndenhaftung, BB 1995.
47. John, Uwe, Zur Problematik der Vor-GmbH, BB 1982.

48. Kießling, Erik, Vorgründungs- und Vorgesellschaften: Zu Struktur und Kontinuität der Entstehungsphasen bei AG, GmbH, e.G. und e.V., 1999.
49. Karlheinz, Binz, Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH und Co. KG, 1976.
50. Kort, Michael, Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH, ZIP 1996.
51. Kersting, Christian, Verzicht auf den Unversehrtheitsgrundsatz im Recht der GmbH, ZHR 175 (2011),
52. Kleindiek, Detlef, Zur Gründerhaftung in der Vor-GmbH, ZGR 1997.
53. Luttermann, Claus, Lingl, Markus, Unterbilanzhaftung, Organisationseinheit der Vor-GmbH und Haftungskonzept, NZG 2006.
54. Lieb, Manfred, Meilenstein oder Sackgasse? Bemerkungen zum Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Vorgesellschaft, in: FS Stimpel, 1985.
55. Lutter, Marcus, Hommelhoff, Peter, GmbH-Gesetz: Kommentar, 19. Aufl., 2016.
56. Lutter, Marcus, Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998.
57. Lohr, Martin, Änderungen bei der Vor-GmbH, GmbH-StB 2005.
58. Michalski, Lutz, Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., 2010.
59. Meister, Burkhardt W., Zur Vorbelastungsproblematik und Haftungsverfassung der Vorgesellschaft der GmbH, in: FS Werner, 1984.
60. Meyer, Andre, Die Abhängigkeit der Haftung des Handelnden von der Vertretungsmacht für die Vor-GmbH, GmbHHR 2002.
61. Manger, Robert, Keine Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft bei unwirksamer Anteilsübertragung, GmbHHR 2005.
62. Monhemius, Jürgen, Bilanzrecht, Gründerhaftung und Scheitern der Vor-GmbH, GmbHHR 1997.
63. Peetz, Carsten, Die Vor-GmbH – Die häufigsten Praxisproblem, GmbHHR 2003.
64. Priester, Hans-Joachim, Die Unversehrtheit des Stammkapitals bei Eintragung der GmbH – ein notwendiger Grundsatz?, ZIP 1982.
65. Priester, Hans-Joachim, Satzungsänderungen bei der Vor-GmbH, ZIP 1987.
66. Priester, Hans-Joachim, Das Gesellschaftsverhältnis im Vorgründungsstadium – Einheit oder Dualismus?, GmbHHR 1995.
67. Prinz, Ulrich, Winkeljohann, Norbert, Schwaiger, Hlemut, Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl., 2014.
68. Passarge, Malte, Besondere Rechtsformen in der Liquidation, NZG 2010.

69. Riedel, Erwin , Gilt der allgemeine Geschäftsbetriebs-Auftrag bei Vorgesellschaften als ein Handeln iS des § 41 AktG und des § 11 GmbHG?, BB 1974.
70. Rowedder, Heinz, Schmidt-Leithoff, Christian, GmbH-Gesetz Kommentar, 5. Aufl., 2013.
71. Roth, W.-H., Die Gründerhaftung im Recht der Vor-GmbH, ZGR 1984.
72. Raiser, Thomas, Der Begriff der juristischen Person, AcP 1999.
73. Raiser, Thomas, Veil, Rüdiger, Die Haftung der Gesellschafter einer Gründungs-GmbH, BB 1996.
74. Raiser, Thomas, Veil, Rüdiger, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2015.
75. Römermann, Volker, P. Strehle, Emanuel, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Aufl., 2014.
76. Rittner, Fritz, Die werdende juristische Person, 1973.
77. Riedel, Erwin, Kann für ausgelöste Vorgesellschaften ein gerichtlicher Liquidator bestellt werden?, GmbHR 1973.
78. Schütz, Carlos, Enträtselung des Rätsels Vorgesellschaft?, GmbHR 1996.
79. Schultz, Dietrich, Rechtsfragen der Vor-GmbH im Lichte der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung, JuS 1982.
80. Schulze-Osterloh, Joachim, Die Vorbelastungsbilanz der GmbH auf den Eintragungszeitpunkt und der Ausweis des Anspruchs aus der Vorbelastungshaftung im Jahresabschluss, in: FS Goerdeler, 1987.
81. Schmidt, Karsten, Unterbilanzhaftung – Vorbelastungshaftung – Gesellschafterhaftung, ZHR 156 (1992).
82. Schmidt, Karsten, Unbeschränkte Innenhaftung auch der Gesellschafter einer unechten Vor-Gesellschaft, GmbHR 2001.
83. Schmidt, Karsten, Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften, 1972.
84. Schmidt, Karsten, der Funktionswandel der Handelndenhaftung im Recht der Vorgesellschaft, GmbHR 1973.
85. Schmidt, Karsten, Die Vor-GmbH als Unternehmerin und als Komplementärin – Zur Bedeutung des Urteils vom 9. 3. 1981, NJW 1981.
86. Schmidt, Karsten, Rechtsgrundlagen der Mitunternehmerschaft im Vorgründungsstadium der GmbH, GmbHR 1982.
87. Schmidt, Karsten, Haftung aus Rechtsgeschäften vor Errichtung einer GmbH, GmbHR 1998.

88. Schmidt, Karsten, Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl., 2016.
89. Schmidt, Karsten, Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach dem gegenwärtigen Stand, GmbHR 1987.
90. Schmidt, Karsten, Zur Übertragung von Vor-Gesellschaftsanteilen, GmbHR 1997.
91. Scholz, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl., 2012-2015.
92. Scholz, Franz, Die Haftung der Gründergesellschaft, JW 1938.
93. Schreiber, Otto, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925.
94. Scholz, Michael, Die Haftung im Gründungsstadium der GmbH, 1979.
95. Theobald, Wolfgang, Vor-GmbH und Gründerhaftung, 1964.
96. Ulmer, Peter, Das Vorbelastungsverbot im Recht der GmbH-Vorgesellschaft – notwendiges oder überholtes Dogma, in: FS Ballerstedt, 1975.
97. Ulmer, Peter, Abschied vom Vorbelastungsverbot im Gründungsstadium der GmbH – Gelöste und ungelöste Fragen zum Recht der Vor-GmbH und der Vor-GmbH & Co. KG, ZGR 1981.
98. Ulmer, Peter, Zur Haftungsverfassung in der Vor-GmbH, ZIP 1996.
99. Ulmer, Peter, Habersack, Mathias, Löbbe, Marc, Großkommentar GmbHG, 2. Aufl., 2014.
100. Weitemeyer, Birgit, Die Unterbilanzhaftung bei „Start-up-Unternehmen“, NZG 2006.
101. Wiegand, Daniel, Offene Fragen zur neuen Gründerhaftung in der Vor-GmbH, BB 1998.
102. Windbichler, Christine, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl., 2013.
103. Wiedemann, Herbert, Das Rätsel Vorgesellschaft, JurA 1970.
104. Weimar, Robert, Abschied von der Gesellschafter- und Handelnden-Haftung im GmbH-Recht?, GmbHR 1988.
105. Wicke, Hartmut, GmbHG, 3. Aufl., 2016.
106. Zöllner, Wolfgang, Die sogenannte Gründerhaftung, in: FS Wiedemann, 2002.

III. Abkürzungsverzeichnis

1. AGZ (民法通则) : Allgemeine Grundgesetze des Zivilrechts Chinas
2. ATZ (民法总则) : Allgemeiner Teil des Zivilrechts

3. BeoVAGe (最高人民法院关于《公司法》适用若干问题的规定 (三)) : Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III 2010 :
4. BeoVAZPG (最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释) : Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Zivilprozessgesetzes
5. BeoVUmEiUn (最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定) : Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Umwandlung des Eigentumssystems von Unternehmen
6. BeurkG: Beurkundungsgesetz
7. GeG (公司法) : Chinesisches Gesellschaftsgesetz
8. GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
9. PUnGe (合伙企业法) : Partnerschaftsunternehmensgesetz
10. VAoVAAGZ (最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见 (试行)) : Versuchsweise durchgeführte Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China
11. VGeRe (公司登记管理条例) : Verordnung über Gesellschaftsregistrierung
12. ZPG (民事诉讼法) : Zivilprozessgesetz